



Sede Amministrativa: Università degli Studi di Padova

Dipartimento di: Diritto privato e critica del diritto

SCUOLA DI DOTTORATO DI RICERCA IN GIURISPRUDENZA

CICLO XXV

IL DANNO DA INADEMPIMENTO NEL DIRITTO ROMANO

Direttore della Scuola : Chiar.mo Prof. Roberto Kostoris

Supervisore : Chiar.mo Prof. Luigi Garofalo

Controrelatrice: Chiar.ma Prof.ssa Paola Ziliotto

Dottoranda: Ornella Barbara Castagnaro

*Ai bambini del reparto di oncoematologia del Bambino Gesù
e al loro instancabile paladino Chiar.mo Prof. Franco Locatelli*

ESPOSIZIONE RIASSUNTIVA

La scelta del titolo della presente ricerca, “Danno da inadempimento nel diritto romano”, non è casuale o peggio ancora imprecisa: essa intende rappresentare una decisa presa di posizione della scrivente, quasi una provocazione, e una sintesi del mio pensiero.

In particolare, con il ricorso ad una terminologia appartenente al diritto attuale, senza tra l’altro ricorrere a distinzioni e specificazioni sul tipo di danno preso in esame, ho cercato di porre in essere una sorta di connubio tra il diritto privato romano e il diritto vivente al fine di volerne sottolineare il legame. In tale ricerca ho, altresì, sposato il percorso intrapreso dalla giurisprudenza di legittimità e dalla Consulta nel diritto attuale (di cui riassumerò l’evoluzione nel capitolo primo) aderendo a quella corrente di pensiero in base alla quale il fine ultimo di una tutela risarcitoria per la parte danneggiata dall’inadempimento altrui è quello di risarcire ogni genere di danno subito, indipendentemente dal fatto che si tratti di danno patrimoniale o non patrimoniale.

Al di là di questa personale posizione che ho cercato di riassumere con una intitolazione generale di “danno da inadempimento”, per economia discorsiva, la mia attività di ricerca scientifica è stata limitata ad un’analisi del diritto privato romano finalizzata a comprendere se sia possibile o meno

ravvisarvi, in linea con le ultime tendenze del diritto vivente, spunti per ammettere o negare la risarcibilità del danno non patrimoniale da inadempimento contrattuale (rectius: da inadempimento di obbligazioni) a fronte dell'attuale interesse alla materia.

E' appena il caso di anticipare in tale sede che, in estrema sintesi, per danno non patrimoniale da inadempimento si intende quello determinato dalla lesione di interessi inerenti alla persona non connotati da rilevanza economica che possono conseguire dalla mancata osservanza dei vincoli assunti con una obbligazione. L'espressione, pertanto, ricomprende quella modificazione peggiorativa che non si presta ad una oggettiva e diretta valutazione in denaro e deriva dalla violazione di un preesistente vincolo di natura non solo contrattuale ma anche, più genericamente, obbligatoria.

La struttura della presente ricerca è articolata in tre capitoli: un primo capitolo, introduttivo, riassume i tratti fondamentali, nel diritto vivente, del sistema del danno non patrimoniale in ambito contrattuale, delineandone le linee fondamentali e l'evoluzione, con spunti di riflessione su alcuni concetti come l'interesse e la patrimonialità dal diritto romano all'attuale sistema.

Un secondo capitolo si occupa specificatamente della tematica nel diritto romano dando conto di alcune interpretazioni fornite da differenti dottrine romanistiche e delle argomentazioni

dalle medesime poste a sostegno. A riguardo, partirò dall'ampio lavoro posto in essere da Antonio Marchi nel 1904 sul danno morale, il quale, analizzando le fonti giuridiche romane sotto il profilo della 'condemnatio' delle formule delle azioni, giunge alla conclusione che né il diritto classico né il diritto giustiniano avrebbero conosciuto il principio della risarcibilità del danno non patrimoniale. Menzionerò, altresì, la tesi di Rudolph Von Jhering fornita in un suo brillante parere dove l'autore, basandosi sulle fonti giuridiche romane, ha riconosciuto al giudice la facoltà di fissare una condanna pecuniaria per controbilanciare l'interesse non economico violato. Focalizzerò, infine, l'attenzione su alcuni concetti chiave come quello di danno-interesse di Mommsen ed "id quod interest".

*Un terzo capitolo è dedicato all'analisi esegetica delle testimonianze dei giuristi romani, ritenute rilevanti sia sotto il profilo terminologico che giuridico, afferenti ad alcune ipotesi di responsabilità contrattuale in relazione alla tutela di valori non patrimoniali. In particolare, mi sono soffermata su un passo di Papiniano **D. 17.1.54 pr**, nel quale si prospetta il caso di uno schiavo che ha dato mandato ad un terzo di farsi comprare per poi farsi manomettere, e si afferma che, in caso di mancata manomissione, il 'dominus' potrà agire 'affectus ratione' con l'azione di mandato se, per esempio, lo schiavo è un suo figlio naturale o suo fratello e tale passo, che ritengo genuino, rappresenterebbe la più esplicita testimonianza di come un*

*interesse non patrimoniale “l’affectus” possa essere stimato all’interno di un giudizio di buona fede e sia, altresì, una testimonianza della risarcibilità del danno non patrimoniale provocato dall’inadempimento di una obbligazione. Analizzo poi i frammenti sempre di Papiniano **D.18.7.6** e **D. 18.7.7** dove sono presi in esame la ‘pudicitia’, la ‘affectio’ e la ‘verecundia’ in un contratto di compravendita avente ad oggetto una schiava e la parte finale di D. 18.7.6 sembrerebbe riconoscere al venditore la possibilità di agire con l’azione di vendita per ottenere il risarcimento del danno non patrimoniale cagionatogli dal compratore mediante l’inadempimento di un patto inserito nel contratto di compravendita in favore della schiava venduta (il patto di non prostituire la schiava comprata). Prendo poi in considerazione un testo in cui Ulpiano riporta un parere di Labeone **D.16.3.1.38** in tema di deposito delle tavole testamentarie, secondo il quale, il deponente avrebbe potuto agire de tabulis contro il depositario che avesse letto le stesse in presenza di più persone e in tale passo, escluso che l’azione miri ad ottenere il risarcimento del danno materiale provocato alle tavole dalla rottura dei sigilli necessaria per leggerle, viene in risalto l’interesse non patrimoniale alla segretezza la cui lesione provoca un danno essenzialmente non patrimoniale dato che l’azione è esperibile per ottenere il risarcimento del danno non patrimoniale derivante dalla violazione dell’interesse alla riservatezza. Analizzo poi una fattispecie di Paolo **D. 21.2.71** che*

*affronta il caso di un pater che, dopo aver comperato un fondo con la garanzia della 'stipulatio duplae' per il caso della evizione, abbia dato in dote per la figlia quello stesso fondo che è stato poi evitto al marito: Paolo afferma che non a torto si dubita se l'evizione subita dal genero fondi una (immediata) legittimazione ad agire del padre contro il suo venditore ('evicto eo an duplae stipulatio committatur'), 'quasi pater damnum patiat'. Paolo riconosce, infatti, che, pur essendovi delle ragioni per escludere la legittimazione ad agire del padre, sia tuttavia preferibile la soluzione opposta e a sostegno della 'commissio stipulationis' Paolo adduce un duplice interesse del padre: la speranza di recuperare un giorno la dote e l'interesse ad avere la figlia dotata. E la rilevanza di quest'ultimo interesse viene ricondotta alla 'affectio paterna' ossia ad un interesse non patrimoniale che sembra giustificare l'esperibilità della 'stipulatio duplae'. Mi sono soffermata, inoltre, su **D. 27.3.1.2** testo in cui Ulpiano riferisce che secondo Giuliano il pupillo avrebbe potuto agire con l'actio tutelae contro il tutore che non ha prestato gli alimenti alla madre o alla sorella del pupillo che non sono in grado di mantenersi diversamente e accettando l'idea che al tempo di Giuliano non si fosse ancora affermato un obbligo del pupillo di prestare gli alimenti alla madre e alla sorella, il passo conterrebbe una ulteriore testimonianza che l'azione di buona fede poteva essere utilizzata per ottenere il risarcimento di un danno non patrimoniale e cioè il danno provocato dal tutore alla dignità del*

pupillo. Nell'analisi dei frammenti, infine, si effettueranno delle considerazioni personali.

In sede di conclusioni, saranno ripresi alcuni quesiti ed alcuni dubbi rimasti in sospeso, ponendo in essere alcune considerazioni sulla fondatezza di taluni filoni ricostruttivi della problematica in esame e sull'approccio metodologico utilizzato al fine di verificarne la fondatezza e l'adeguatezza scientifica nell'interpretazione. Cercherò, pertanto, di rispondere al quesito di partenza se sia possibile o meno ravvisare nel diritto romano, in linea con le ultime tendenze del diritto vivente, spunti per ammettere o negare la risarcibilità del danno non patrimoniale da inadempimento contrattuale (rectius: da inadempimento di obbligazioni). A tale proposito, ribadendo la sostanziale genuinità dei testi esaminati nel capitolo terzo, affermerò che essi testimoniano l'esistenza di alcune forme di tutela di interessi affettivi riconducibili all'età dei Severi, epoca in cui non si sarebbe ancora affermato un principio generale del risarcimento dei danni morali ma si ravviserebbero alcuni prodromi di tale principio divenuto più chiaro solo nell'epoca di Giustiniano. In definitiva sosterrò che per una disciplina dei danni non patrimoniali secondo uno schema che più si avvicina a quello moderno, bisogna attendere ancora lunghi secoli, poiché solo nel giusnaturalismo arriveranno importanti contributi che ne formeranno le basi.

In particolare, ritengo che la ricostruzione del danno non

patrimoniale da inadempimento, come elaborazione di una rilettura che possa al tempo stesso risultare giuridicamente e storicamente soddisfacente, senza contraddire né i principi del diritto romano né la realtà sociale e culturale in cui lo stesso era incardinato, abbia rappresentato l'obiettivo più stimolante del mio lavoro: troppo spesso, infatti, non tanto la mera esegesi, quanto l'interpretazione di istituti giuridici appartenenti ad un mondo oramai scomparso, sopravvissuti nelle fondamenta del diritto europeo contemporaneo, attraverso secoli di storia e di giurisprudenza, può essere viziata dall'approccio del giurista moderno.

L'obiettivo che mi sono prefissa è quello di affrontare la tematica dopo averne esposto inquadramento e disciplina, con la dovuta neutralità e rigorosa obiettività scientifica, evidenziando al contempo quelli che, a mio modesto avviso, potrebbero rappresentare esempi di interpretazioni "moderniste", ovvero l'uso di metodologie interpretative non sempre coerenti con le puntuali ricostruzioni giuridiche effettuate.

Ritengo, infine, doveroso ringraziare in primis il Chiar.mo Prof. Luigi Garofalo per aver sostenuto e incoraggiato il mio progetto di ricerca, in secundis la Chiar.ma Prof.ssa Paola Ziliotto, mia relatrice, la quale con la sua recentissima monografia "Sulla non patrimonialità del danno e dell'interesse nel diritto romano" è stata un faro che ha illuminato il mio cammino nella complessità della materia affrontata.

ABSTRACT.

The choice of the title of this research, "Damage by default in the Roman law" is not random or worse still inaccurate: it is meant to represent a decisive stance of the writer, almost a provocation, and a summary of my thinking .

In particular, with the use of a terminology belonging to the current law, without distinction, inter alia, use and specifications on the type of damage taken into consideration, I have tried to put in place some sort of union between the Roman private law and the law living in order to wanting to emphasize the link. In this research, I also married the route taken by the Court's legitimacy and See in current law (which summarize the evolution) adhering to that school of thought according to which the ultimate goal of a claim for redress to the injured party from the non others is to compensate for any kind of damage, regardless of whether it is pecuniary or non-pecuniary.

Beyond this personal position I have tried to summarize a general naming of "damage from failure" to the discursive economy , my scientific research has been limited to an analysis of Roman private law aimed at understanding whether it is possible seeing in it or not, in line with the latest trends in the right living, ideas to admit or deny the Recoverability of non-pecuniary damage for breach of contract (rectius: by debt default), given the current interest in the subject.

It ' hardly necessary to anticipate in such a place that , in a nutshell, for non-pecuniary damage by default means that determined by the lesion of interest inherent in the person not marked by economic significance that can result from failure to comply with the constraints assumed an obligation. The term, therefore, includes the modification pejorative that does not lend itself to an objective and direct assessment in cash and is derived from the violation of an existing bond of nature not only contractual but also, more generally, mandatory.

The structure of this research is divided into three chapters: the first chapter summarizes the main features of the system in the living law of non-pecuniary damage in contracting, outlining the main features and trends , with insights on some of the concepts as interest and net-worth from Roman law to the current system.

A second chapter deals specifically and in detail the theme in Roman law giving an account of some of the interpretations provided by different doctrines of Roman and of the arguments posed by those in support. In this regard, I will leave from the large work which was made by Antonio Marchi in 1904 on the non-pecuniary damage , mentioning also the thesis of Rudolph Von Jhering provided in one of his brilliant opinion and I will focus on some key concepts such as interest and “id quod interest”.

A third chapter is devoted to the analysis of the exegetical evidence of the Roman jurists, considered relevant both in terms of legal terminology that, in individual cases of contractual liability

in relation to the protection of non-economic values. In particular, I focused: on a step Papiniano D. 17.1.54 pr on the subject of the mandate would be the most explicit testimony of how a non-pecuniary interest "the affectus" can be estimated in a judgment of good faith; on the fragments always Papiniano D.18.7.6 and D. 18.7.7. where they are examined modesty, and modesty affectio in a contract of sale concerning a slave; on a wheelbase of Ulpian D.16.3.1.38 in terms of deposit where a person with whom the plates were deposited testamentary read them to the presence of multiple witnesses where it is emphasized the non-pecuniary interest in the confidentiality which the injury causes essentially non-pecuniary damage; on a case by Paul D. 21.2.71 which faces the case of the pater that in the event of eviction fund dowry acts according to affectio father; on the testimony of Ulpian D. 27.3.1.2 in respect of actio tutelae against the guardian who did not pay the alimony to the mother or sister of the ward who are not able to support themselves otherwise. In the analysis of the fragments, and finally, we are carrying personal considerations.

In its conclusions, will be taken on a number of questions and some doubts remain outstanding, putting in place some considerations on the validity of certain strands of reconstructive problem under consideration and on the methodological approach used to verify the validity and appropriateness in science ' interpretation. I will try, therefore, to answer the question whether it is possible to start or not recognize Roman law, in line with the

latest trends in the right living, ideas to admit or deny the Recoverability of non-pecuniary damage for breach of contract (or rather: from failure to comply with bonds).

In particular, I personally feel that it is the reconstruction of non-pecuniary damage by default, meaning that as a rereading of processing at the same time can be legally and historically satisfactory, nor without contradicting the principles of Roman law nor the social and cultural reality in which the himself was incardinated, represents the goal of the present work more challenging. In fact, too often not so much the mere exegesis, since the interpretation of legal institutions belonging to a world now gone, the survivors in the foundations of contemporary European law through centuries of history and law, may be flawed approach of the modern jurist.

While aware that two millennia of history and the study of law can not fail to influence the "eye" of Roman Jurists that approaches to the analysis of texts in a given historical moment for quota purposes, and in a very specific context, with social conditions, legal as well as economic and political, will try to avoid providing inaccurate reading, or otherwise affected by doctrinal and jurisprudential tradition that at the time of the drafting of the original Roman texts, it was not even remotely imaginable. The goal that I have set itself in this research is, therefore, to address the issue after having detailed grading and discipline, with the necessary rigorous scientific objectivity and

neutrality, while highlighting those that, in my humble opinion, may represent examples of interpretations "modernist", ie the use of interpretive methodologies are not always consistent with the specific legal reconstructions performed.

Lastly, I believe the first and foremost duty to thank Prof. Luigi Garofalo for having supported and encouraged my research project, secundis the Prof. Paola Ziliotto, my rapporteur, who with his recent monograph " the non- net-worth of damage and interest in Roman law " was a beacon that lit my path in the complexity of the matter addressed.

INDICE GENERALE

<i>Esposizione riassuntiva.....</i>	<i>1</i>
-------------------------------------	----------

<i>Abstract.....</i>	<i>8</i>
----------------------	----------

INTRODUZIONE.....	16
--------------------------	-----------

CAPITOLO I

Il sistema del danno non patrimoniale da inadempimento nel diritto vivente: evoluzione e tratti fondamentali.

1.1	<i>Premessa.....</i>	<i>31</i>
1.2	<i>Le tappe principali che hanno condotto all'estensione del sistema di tutela del danno non patrimoniale anche in caso di inadempimento.....</i>	<i>34</i>
1.3	<i>La nuova interpretazione delle norme del codice civile.....</i>	<i>41</i>
1.4	<i>La controversa questione del fondamento normativo.....</i>	<i>45</i>
1.5	<i>Applicazioni pratiche nel diritto vivente di ipotesi contrattuali generatrici di danni non patrimoniali.....</i>	<i>48</i>
1.6	<i>Riflessioni critiche sulla natura patrimoniale dell'obbligazione.....</i>	<i>51</i>
1.7	<i>Conclusioni.....</i>	<i>57</i>

CAPITOLO II

Il danno non patrimoniale nella dottrina romanistica.

2.1	<i>Premessa.....</i>	59
2.2	<i>I danni morali nella dottrina romanistica e il profilo della risarcibilità.....</i>	63
2.3	<i>Il danno morale secondo Antonio Marchi.....</i>	68
2.4	<i>Il parere di Rudolph Von Jhering.....</i>	73
2.5	<i>Il concetto di danno ed “id quod interest” nell’opera di Mommsen e nel sistema giuridico romano.....</i>	75

CAPITOLO III

Analisi esegetica e relativi profili critici delle testimonianze dei giuristi romani

3.1	<i>Premessa.....</i>	85
3.2	<i>D. 17.1.54 pr.: l’ipotesi del ‘dominus’ che ‘affectus ratione’ esercita l’actio mandati...89</i>	
3.3	<i>D. 18.7.6 e D.18.7.7.:gli interessi non patrimoniali in un contratto di compravendita avente ad oggetto una schiava.....</i>	100
3.4	<i>D. 18.7.7: l’ipotesi dell’‘affectio’ del venditore.....</i>	102
3.5	<i>D. 18.7.6.pr: ‘pudicizia’, ‘affectio’ e ‘verecundia’.....</i>	107
3.6	<i>D. 21.2.71: il caso del ‘pater’ che nell’ipotesi di evizione del fondo dotale agisce in base alla ‘affectio paterna’.....</i>	113

- 3.7 *D. 27.3.1.2: l'actio tutelae contro il tutore che non ha prestato gli alimenti alla madre o alla sorella del pupillo che non sono in grado di mantenersi diversamente.....119*
- 3.8 *D.16.3.1.38:in tema di deposito l'ipotesi del soggetto presso il quale erano state depositate le tavole testamentarie che le ha lette alla presenza di più persone.....127*

CONCLUSIONI.....132

INDICI

Autori.....138

Fonti.....148

INTRODUZIONE

La scelta del titolo della mia tesi “*Danno da inadempimento nel diritto romano*”, non è casuale o peggio ancora imprecisa: essa intende rappresentare una decisa presa di posizione della scrivente, quasi una provocazione, e una sintesi del mio pensiero.

In particolare, con il ricorso ad una terminologia appartenente al diritto attuale, senza tra l’altro ricorrere a distinzioni e specificazioni sul tipo di danno preso in esame, ho cercato di porre in essere una sorta di connubio tra il diritto privato romano e il diritto vivente al fine di volerne sottolineare il legame, pur consapevole che determinati schemi emergeranno soltanto nell’ambito del giusnaturalismo¹.

In tale ricerca ho, altresì, sposato il percorso intrapreso dalla giurisprudenza di legittimità e dalla Consulta nel diritto attuale (di cui riassumerò l’evoluzione nel primo capitolo) aderendo a quella corrente di pensiero in base alla quale il fine ultimo di una tutela risarcitoria per la parte danneggiata dall’inadempimento altrui è quello di risarcire ogni genere di

¹ Si veda M.F. CURSI, *Il danno non patrimoniale e i limiti storico-sistematici dell’art. 2059 c.c.*, in *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato*, II, Napoli 2006, 122 ss la quale ricorda che <<con il giusnaturalismo possiamo dunque ritenere avviato il processo di riconoscimento, tra i danni risarcibili, di quello che verrà definito più tardi dalla dottrina tedesca *Schmerzengeld* e che troverà una sua autonoma collocazione già nei primi codici di area germanica>>.

danno subito, indipendentemente dal fatto che si tratti di danno patrimoniale o non patrimoniale.

Al di là di questa personale posizione che ho cercato di riassumere già dalla intitolazione generale di “*danno da inadempimento*”, per economia discorsiva, il mio campo d’indagine sarà limitato al danno non patrimoniale che nasce dall’inadempimento contrattuale (*rectius*: da inadempimento di obbligazioni) dato che il tema *de quo* è quello dotato di maggior tasso di novità².

E’ innegabile come la forte attualità del tema colpisca l’attenzione dello storico del diritto il quale è spinto ad indagare, in modo retrospettivo, l’esperienza antica al fine di individuare la genesi di importanti fenomeni che caratterizzano, ancora oggi, il mondo giuridico.

La mia ricerca, pertanto, prendendo le mosse da questo dato di fatto, tenta di ricostruire, in base ad alcune testimonianze antiche pervenuteci, l’origine di questo particolare processo evolutivo tuttora in atto, volto a riconoscere rilievo sul piano del diritto ai danni non patrimoniali.

Avremo, altresì, modo di mostrare che la dottrina romanistica ha lungamente discusso e continua ancora oggi a discutere di interessi non patrimoniali, di danni non patrimoniali e

² Così M. FRANZONI, *Il danno non patrimoniale nel diritto vivente*, in *Il danno non patrimoniale. Guida commentata alle decisioni delle Sezioni Unite 11 novembre 2008 nn. 26972/3/4/5*, Giuffrè Milano 2009, 219.

della loro risarcibilità. Alcuni³, ritenendo che il risarcimento di questo tipo di danno debba seguire una logica reipersecutoria, hanno escluso la configurabilità della tutela del danno non patrimoniale, non rinvenendo testimonianze in questa direzione. Altri⁴, di contro, soffermandosi sul contenuto dell'interesse tutelato, indipendentemente dalla natura dell'azione se reipersecutoria o penale privata, hanno rilevato un'attenzione dei Romani per il danno non patrimoniale.

Appare indubbio che la questione debba essere studiata partendo dalle fonti⁵ che effettivamente lasciano emergere nel pensiero dei giuristi romani una netta distinzione tra logica reipersecutoria (volta alla reintegrazione del patrimonio del *dominus* secondo parametri obiettivi, quali il prezzo di mercato del bene⁶ che non ammettono il risarcimento di quello che per noi oggi

³ Cfr. A. MARCHI, *Il risarcimento del danno morale secondo il diritto romano*, in <<BIDR>>, XVI, 1954, 282 ss.; J. MACQUERON, *L'intérêt moral ou d'affection dans les obligations délictuelles en droit romain*, in *Études offertes a André Audinet*, Paris, 1968, 173 ss.; R. MARTINI, *Sul risarcimento del <<danno morale>> in diritto romano*, in *Studi in onore di Sergio Antonelli*, Napoli, 2002, ora in *Rivista di Diritto Romano*, VI, 2006, consultabile sul sito www.ledonline.it/rivistadidirittoromano/.

⁴ P. CERAMI, *La responsabilità extracontrattuale dalla compilazione di Giustiniano ad Ugo Grozio*, in L. Vacca (a cura di), *La responsabilità civile da atto illecito nella prospettiva storico-comparatistica (Atti Aristec 1993)*, Torino, 1995, 116 e R. MARTINI, *Sul risarcimento del <<danno morale>> in diritto romano II (Ripensamenti)*, in *Rivista di Diritto Romano* VIII, 2008, consultabile sul sito www.ledonline.it/rivistadidirittoromano/.

⁵ Sul punto vedasi la ricostruzione posta in essere da M.F. CURSI, *Il danno non patrimoniale e i limiti storico-sistematici dell'art. 2059 c.c.*, in *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato. Obbligazioni e diritti reali*, Napoli 2003, 122 ss.

⁶ Questo è l'orientamento di Sesto Pedio – più volte richiamato a proposito di Paolo sia in D. 9.2.33 pr., sia in D.35.2.63 pr – il quale aveva già escluso che il prezzo potesse essere fissato in considerazione dell'utilità dei singoli, quanto piuttosto dell'utilità comune. Cfr: L. GAROFALO, *Contratto, obbligazione e convenzione in*

è il danno non patrimoniale) e quella sanzionatorio-afflittiva, propria delle azioni penali private, che al contrario sembra ammettere la tutela di quest'ultimo tipo di danno.

Di contro ci soffermeremo, altresì, sul diritto vivente.

Qui l'ordinamento giuridico attuale individua diverse tipologie di danni risarcibili a seconda del genere di pregiudizio arrecato dall'illecito. In particolare, i danni conseguenti dall'inadempimento contrattuale possono essere patrimoniali e non patrimoniali.

La categoria del danno patrimoniale da inadempimento è stata da sempre quella più studiata. Quella del danno non patrimoniale che include tutti i pregiudizi non immediatamente quantificabili economicamente, quali la sofferenza interiore e il peggioramento della qualità della vita di una persona, è il filone che risulta di grande attualità poiché nell'ordinamento italiano vi è una notevole attenzione prestata sia dal legislatore che dalla dottrina e dalla giurisprudenza.

Gli aspetti di dettaglio che meriterebbero attenzione sono molteplici e mi rendo conto che su gran parte delle cose che dirò servirebbero considerazioni più approfondite ma si rende necessario scegliere su quali problematiche soffermarsi.

Ciò premesso, la tematica posta alla base della presente ricerca sul danno da inadempimento è imperniata di fatto su

Sesto Pedio, in *Le dottrine del contratto nella giurisprudenza romana classica*, a cura di A. Burdese, Padova, 2006, 337 ss.

un'analisi del diritto privato romano finalizzata a comprendere se sia possibile o meno ravvisarvi, in linea con le ultime tendenze del diritto vivente, spunti per ammettere o negare la risarcibilità del danno non patrimoniale da inadempimento contrattuale (*rectius*: da inadempimento di obbligazioni).

E' importante riflettere sulla circostanza che, in diritto romano, nell'ambito dei rapporti contrattuali, l'interesse non patrimoniale trova tutela nei casi di azioni di buona fede dove non c'è un'azione appositamente concessa per il caso di offese a valori non patrimoniali ma c'è una azione concessa per la tutela dell'interesse creditorio all'adempimento. Di conseguenza il problema della stima del danno non patrimoniale del creditore è un'eventualità e deriva dall'inadempimento del debitore. Il compito del giurista è, pertanto, indicare se e come un interesse non patrimoniale sia rilevante consentendone eventualmente l'azione. A riguardo sarà il principio della buona fede ad offrire al giudice la possibilità di determinare attraverso una valutazione equitativa l'ammontare pecuniario.

Al fine di affrontare la problematica nei termini suesposti, è importante evitare di ragionare adoperando categorie moderne adattandole ad una realtà molto diversa da quella contemporanea poiché occorre essere pienamente consapevoli che ci troviamo di fronte a testi che, in molti casi, ci consentono di fare solo un discorso frammentario. Nonostante i limiti *de quibus* è, tuttavia, fattibile interrogarsi sulla possibilità o meno che l'ordinamento

giuridico romano, sempre attento agli aspetti patrimoniali fondati sulla *pecunia*, abbia riconosciuto rilevanza anche ai patemi morali al punto da prevedere il risarcimento dei danni non patrimoniali.

Pur consapevole che lo studio del diritto romano, dei suoi principi e del metodo con cui essi si sono formati continua ad essere parte fondamentale della formazione dei giuristi, ai fini della cultura giuridica contemporanea, l'analisi che si effettuerà non sarà posta in una prospettiva attualizzante perché come da qualcuno recentemente sottolineato <<dobbiamo imparare a non chiedere più al diritto romano regole giuridiche per il presente: piuttosto, dobbiamo saperlo interrogare per capire chi siamo, da dove siamo venuti, come ci siamo formati>>⁷.

Tornando a ragionare sul tema del danno non patrimoniale da inadempimento contrattuale, occorre rammentare che esso ha da sempre destato in maggior misura l'interesse della dottrina giuridica italiana piuttosto che della giurisprudenza che solo di recente si è decisa ad affrontare compiutamente la tematica nelle cosiddette “sentenze di San Martino” del novembre 2008. A queste va riconosciuto, al di là di ogni critica, l'indubbio merito di aver dato vigore ad un dibattito per troppo tempo sopito da posizioni di ostinata chiusura per lo più giustificate troppo frettolosamente dal carattere patrimoniale del rapporto giuridico che connota il contratto. Per questi motivi il tema dei danni di matrice personale

⁷ A. SCHIAVONE ed E. STOLFI in A. SCHIAVONE (a cura di), *Diritto privato romano. Un profilo storico*, Torino 2010², 16.

è stato convogliato frequentemente in direzione dello studio del settore aquiliano a tal punto da ritenere che il ristoro di questi presupponesse sempre e solo l'esistenza di una responsabilità extracontrattuale⁸.

Cercherò tuttavia di evidenziare, nella presente dissertazione, come questo fresco coinvolgimento generato dai recenti interventi giurisprudenziali, non ha in realtà i caratteri dell'improvvisa scoperta, bensì piuttosto quelli di una progressiva presa di coscienza della centralità dei valori inerenti la persona umana che più che definirli moderni occorrerebbe definirli immutabili. Si deve difatti a quel processo che è stato definito di "depatrimonializzazione", e cioè un'evoluzione che trasforma il diritto privato da tecnica di valutazione di interessi senz'altro riconducibili ad una logica di mercato a regola di disciplina di interessi che non si prestano ad un immediata valutazione

⁸ Non possibile in questa dissertazione soffermarsi sulle interessanti e molteplici problematiche che la *lex Aquilia de damno* ha posto e continua a porre agli studiosi. Per un approfondimento si rinvia a ricerche specifiche poste in essere da: C.A. CANNATA, *Sul testo della lex Aquilia e la sua portata originaria*, in *La responsabilità civile da atto illecito nella prospettiva storico-comparatistica*, 25 ss; F.M. DE ROBERTIS, *Damnum iniuria datum. Trattazione sulla responsabilità extracontrattuale nel diritto romano con particolare riguardo alla lex Aquilia de damno*, Bari 2000, 15 ss; P. ZILIOTTO, *L'imputazione del danno aquiliano. Tra iniuria e damnum corpore datum*, Padova 2000, 1 ss; M.F. CURSI, *Iniuria cum damno. Antigiuridicità e colpevolezza nella storia del danno aquiliano*, Milano 2002, 147 ss; G. VALDITARA, *Dall'aestimatio rei all'id quod interest nell'applicazione della condemnatio aquiliana*, in *La responsabilità civile da atto illecito nella prospettiva storico-comparatistica*, Torino 1995, 76 ss; A. CORBINO, *Il dettato aquiliano. Tecniche legislative e pensiero giuridico nella media repubblica*, in *Fides Humanitas Ius. Studi in onore di Luigi Labruna*, a cura di Cosimo Cascione e Carla Masi Doria, 2, Napoli 2007, 1127 ss.

economica⁹, la prospettiva di una nuova lettura degli istituti di diritto civile in chiave esclusivamente non economica, ma maggiormente attenta ai valori esistenziali, non più relegati al ruolo di finalità esterne o di meri limiti, ma idonei anche ad incidere sulla funzione del singolo istituto¹⁰.

Ed è partendo dal quadro normativo esistente che cercherò di rileggere le disposizioni del diritto romano.

Come già accennato precedentemente, l'idea di questa analisi è scaturita da una riflessione di forte attualità sul recente e innovativo orientamento espresso dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione inaugurato con le sentenze dell'11 novembre 2008 n.26973/4/5 (cd. sentenze San Martino) con le quali i giudici di legittimità hanno affrontato, tra le altre cose, la controversa questione relativa al tema del danno non patrimoniale da inadempimento contrattuale (*rectius*: da inadempimento di obbligazioni) ammettendone la risarcibilità e dettando di fatto una nozione unitaria di danno non patrimoniale egualmente applicabile tanto al settore extracontrattuale quanto al settore contrattuale.

L'attuale interesse alla materia, che innegabilmente vanta un retroterra nobile ma al tempo stesso complicato, ha rappresentato pertanto il punto di partenza del presente lavoro che cercherà di offrire un contributo di riflessione sull'argomento.

⁹ C. SCOGNAMIGLIO – F. MACARIO, *Introduzione ai temi del dibattito sul danno non patrimoniale da inadempimento*, in *Contratti*, 2010, 702.

¹⁰ Sul punto P. PERLINGERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli 2006, 114 ss.

Non vi è dubbio che la questione appare particolarmente delicata proprio se riferita ai danni non patrimoniali, i quali diversamente da quelli patrimoniali (che costituiscono l'aspetto più evidente della contrattazione) rappresentano un profilo più intrinseco dell'interesse creditorio, con la conseguenza che risulta maggiormente complesso l'accertamento della loro prevedibilità (e quindi ancor prima, della loro conoscenza) da parte dell'altro contraente. Partendo da tale presupposto l'interrogativo di fondo sarà, pertanto, quello di capire sia corretto affermare che è dalla manipolazione delle regole del diritto romano, ossia le regole originarie, che nascono le moderne regole del diritto vivente.

Nel caso specifico avremo modo di esaminare una tematica di difficile classificazione, che forse più di ogni altra sfugge ad un inquadramento di tipo sistemico ed al contempo rappresenta perfettamente la tendenza degli istituti di diritto romano a manifestarsi come rimedi concreti a problematiche concrete (e, pertanto, strutturati in modo da essere per loro stessa natura efficaci prima che giuridicamente "perfetti").

A riguardo giova far notare che il diritto romano, con il suo caratterizzante atteggiamento pragmatico, soleva "trovare" rimedi e tutele a situazioni, che solevano manifestarsi nella realtà fattuale, tali da generare uno stato di squilibrio rispetto a quello che noi definiremmo, anacronisticamente, "ordine costituito", quindi tali da ledere una posizione giuridica meritevole di tutela secondo l'ordinamento stesso.

Tutto il sistema del danno non patrimoniale nel diritto romano costituisce un ottimo esempio di quanto appena affermato: il suo riconoscimento prima e risarcibilità dopo si configura, infatti, di volta in volta, di caso in caso, come il rimedio più adatto al caso concreto.

Prima di procedere oltre vorrei ricordare che, per *danno non patrimoniale da inadempimento*, semplicisticamente, si intendere la lesione di tipo non economico che può conseguire alla mancata osservanza dei vincoli assunti con una obbligazione. L'espressione, pertanto, ricomprende quella modificazione peggiorativa che non si presta ad una oggettiva e diretta valutazione in denaro e che deriva dalla violazione di un preesistente vincolo di natura non solo contrattuale ma anche, più genericamente, obbligatoria.

Nella mia tesi ho ritenuto di affrontare la questione del danno non patrimoniale da inadempimento contrattuale prendendo le mosse dalle fonti e il fulcro delle argomentazioni parte da un passo di Papiniano di notevoli difficoltà interpretative a causa di forti dubbi di interpolazione. Mi riferisco a D. 17.1.54 pr in tema di *actio mandati* con particolare riguardo all'affermazione incidentale posta tra parentesi (*placuit enim prudentioribus affectus rationem in bonae fidei iudiciis habendam*) dove si dice che nei giudizi di buona fede è consentita la stima dell'*affectio*. In merito a tale frammento vorrei anticipare che, a mio avviso, l'unico interesse che Papiniano vuole proteggere è quello affettivo

del *dominus*, che non si pone in alternativa a quello patrimoniale che egli ha come venditore, ma si aggiunge a quello.

Giova preannunciare in tale sede che D. 17.1.54 pr è oggetto di vivace dibattito dottrinale e rappresenterebbe la più esplicita testimonianza di come un interesse non patrimoniale, e in particolare l'*affectus*, possa essere stimato all'interno di un giudizio di buona fede: il particolare affetto che lega il *dominus* allo schiavo infatti, avrebbe suggerito al giurista di riconoscere eccezionalmente al primo la possibilità di agire in base al mandato per esigere la manomissione, oggetto del mandato conferito dallo schiavo ma non realizzata dal compratore.

A riguardo sorgono vari quesiti dei quali daremo atto nel prosieguo e tra questi ci si interroga se sia ipotizzabile ritenere che Giustiniano abbia costruito una specie eccezionale in cui la *ratio* dell'*affectus* lesa dall'altra parte generi un diritto di agire, quasi un'obbligazione *ex lege* o *ex delicto* garantita dall'*actio mandati* in funzione penale liberamente rimessa all'apprezzamento dell'attore.

Riassumendo in questa sede ai minimi termini la riflessione sull'affermazione incidentale del passo sopra menzionata, vorrei comunque riportare che molti la ritengono interpolata. Altri, invece, ritengono che il frammento sembra denunciare l'intenzione dei giustinianeî di voler oltrepassare la sfera della patrimonialità della prestazione, ammettendo la rilevanza di un interesse di affezione pur negandone la portata generale e nascondendosi dietro la confutabile idea che essa fa capolino timidamente in un campo

come quello delle manomissioni dominato dal *favor libertatis*.

Sorvolando in questa fase introduttiva le vaste problematiche sottese a D. 17.1.54 pr, sembra indubbio che Papiniano, nel caso del mandato a scopo di manomissione, accanto al diritto del *dominus* di conseguire il prezzo come venditore, gli riconosca un ulteriore diritto, vale a dire quello di agire di mandato *affectus ratione*: il *dominus* non ha alcun interesse patrimoniale alla manomissione dello schiavo, ma si limita in sostanza a far valere le ragioni dello schiavo che lo schiavo non può far valere. Ecco dunque che l'interesse non patrimoniale è alla base della concessione al *dominus* dell'azione.

Prima di passare oltre, per una maggiore chiarezza espositiva, vorrei spiegare che la struttura della presente ricerca è articolata in tre capitoli: un primo capitolo, introduttivo, riassume i tratti fondamentali nel diritto vivente del sistema del danno non patrimoniale in ambito contrattuale, delineandone i tratti fondamentali e l'evoluzione, con spunti di riflessione su alcuni concetti come l'interesse e la patrimonialità dal diritto romano all'attuale sistema.

Un secondo capitolo si occupa specificatamente e dettagliatamente della tematica nel diritto romano dando conto di alcune interpretazioni fornita da differenti dottrine romanistiche e della argomentazioni delle medesime poste a sostegno. A riguardo, partirò dall'ampio lavoro posto in essere da Antonio Marchi nel 1904 sul danno morale, menzionando, altresì, la tesi di Rudolph

Von Jhering fornita in un suo brillante parere e focalizzerò l'attenzione su alcuni concetti chiave come quello di interesse ed *id quod interest*.

Un terzo capitolo è dedicato all'analisi esegetica delle testimonianze dei giuristi romani, ritenute rilevanti sia sotto il profilo terminologico che giuridico, afferenti ad alcune ipotesi di responsabilità contrattuale in relazione alla tutela di valori non patrimoniali. In particolare, mi sono soffermata: su un passo di Papiniano **D. 17.1.54 pr** in tema di mandato che rappresenterebbe la più esplicita testimonianza di come un interesse non patrimoniale "*l'affectus*" possa essere stimato all'interno di un giudizio di buona fede; sui frammenti sempre di Papiniano **D.18.7.6** e **D.18.7.7.** dove sono presi in esame il pudore, l'*affectio* e la verecundia in un contratto di compravendita avente ad oggetto una schiava; su un passo di Ulpiano **D.16.3.1.38** in tema di deposito dove un soggetto presso il quale erano state depositate le tavole testamentarie le ha lette alla presenza di più testimoni dove viene in risalto l'interesse non patrimoniale alla segretezza la cui lesione provoca un danno essenzialmente non patrimoniale; su una fattispecie di Paolo **D. 21.2.71** che affronta il caso del pater che nell'ipotesi di evizione del fondo dotale agisce in base all'*affectio* paterna; su una testimonianza di Ulpiano **D. 27.3.1.2** in materia di *actio tutelae* contro il tutore che non ha prestato gli alimenti alla madre o alla sorella del pupillo che non sono in grado di mantenersi diversamente. Nell'analisi dei frammenti, infine, si

effettueranno delle considerazioni personali.

In sede di conclusioni, saranno ripresi alcuni quesiti ed alcuni dubbi rimasti in sospeso, ponendo in essere alcune considerazioni sulla fondatezza di taluni filoni ricostruttivi della problematica in esame e sull'approccio metodologico utilizzato al fine di verificarne la fondatezza e l'adeguatezza scientifica nell'interpretazione. Cercherò, pertanto, di rispondere al quesito di partenza e cioè se sia possibile o meno ravvisare nel diritto romano, in linea con le ultime tendenze del diritto vivente, spunti per ammettere o negare la risarcibilità del danno non patrimoniale da inadempimento contrattuale (*rectius*: da inadempimento di obbligazioni).

In particolare, ritengo personalmente che proprio la ricostruzione del danno non patrimoniale da inadempimento, intesa come elaborazione di una rilettura che possa al tempo stesso risultare giuridicamente e storicamente soddisfacente, senza contraddire né i principi del diritto romano né la realtà sociale e culturale in cui lo stesso era incardinato, rappresenti l'obiettivo più stimolante del presente lavoro. Infatti troppo spesso non tanto la mera esegesi, quanto l'interpretazione di istituti giuridici appartenenti ad un mondo oramai scomparso, sopravvissuti nelle fondamenta del diritto europeo contemporaneo, attraverso secoli e secoli di storia e di giurisprudenza, può essere viziata dall'approccio del giurista moderno.

Pur consapevole che due millenni di storia e di studio del

diritto non possono non influenzare l'”occhio” del romanista che si accosta alla disamina di testi scritti in un dato momento storico per finalità contingenti ed in un contesto ben preciso, con presupposti sociali, giuridici ed anche economico-politici, cercherò di evitare di fornire una lettura imprecisa, o comunque condizionata da una tradizione giurisprudenziale e dottrinale che, al momento della redazione originaria dei testi romani, non era nemmeno lontanamente immaginabile. L'obiettivo che mi sono prefissa nella presente ricerca è, pertanto, quello di affrontare la tematica dopo averne dettagliato inquadramento e disciplina, con la dovuta neutralità e rigorosa obiettività scientifica, evidenziando al contempo quelli che, a mio modesto avviso, potrebbero rappresentare esempi di interpretazioni “moderniste”, ovvero l'uso di metodologie interpretative non sempre coerenti con le puntuali ricostruzioni giuridiche effettuate.

CAPITOLO I

IL SISTEMA DEL DANNO NON PATRIMONIALE DA INADEMPIMENTO NEL DIRITTO VIVENTE: EVOLUZIONE E TRATTI FONDAMENTALI

SOMMARIO: 1.1 Premessa 1.2 Le tappe principali che hanno condotto all'estensione del sistema di tutela del danno non patrimoniale anche in caso di inadempimento 1.3 La nuova interpretazione delle norme del codice civile 1.4 La controversa questione del fondamento normativo 1.5 Applicazioni pratiche nel diritto vivente di ipotesi contrattuali generatrici di danni non patrimoniali 1.6 Riflessioni critiche sulla natura patrimoniale dell'obbligazione 1.7 Conclusioni

1.1 PREMESSA

Come già ricordato nell'introduzione, l'idea di questa tesi è scaturita dall'attualità e dall'importanza del dibattito in atto sulla risarcibilità dei danni contrattuali non patrimoniali¹¹ a lungo

¹¹ Per un primo riferimento sul dibattito: G. SAVORANI, *Il danno non patrimoniale da inadempimento*, in *Trattato della responsabilità contrattuale*, diretto da G. Visintini, III, Padova, 2009, 255; F. PROCCHI, *I caratteri della prestazione nell'enunciato dell'art. 1174 c.c.*, in *Trattato delle obbligazioni* diretto da Luigi Garofalo, I.2, 2011.

esclusa a causa del tralaticio accoglimento della teoria di Friedrich Mommsen¹² che con il suo saggio del 1855 ha profondamente influenzato la dogmatica europea del XX secolo in materia di liquidazione del danno.

E' bene sottolineare che per *danno non patrimoniale da inadempimento*, semplicisticamente, si intendere la lesione di tipo non economico che può conseguire alla mancata osservanza dei vincoli assunti con una obbligazione. L'espressione, pertanto, ricomprende quella modificazione peggiorativa che non si presta ad una oggettiva e diretta valutazione in denaro e che deriva dalla violazione di un preesistente vincolo di natura non solo contrattuale ma anche, più genericamente, obbligatoria.

Il danno non patrimoniale si definisce, quindi, come il danno conseguente alla lesione di interessi inerenti alla persona non connotati da rilevanza economica ed è categoria omnicomprensiva tale da ricomprendere in sé qualsiasi tipo di pregiudizio all'integrità dell'individuo in tutti i suoi aspetti dinamico-relazionali, sia quindi che lo stesso si strutturi come danno fisico alla salute (art.32 Cost.), che come danno da peggioramento della qualità della vita, che sotto il profilo della lesione dei diritti inviolabili della persona alla serenità e tranquillità familiare (artt. 2, 29 e 30 Cost.). Nella medesima

¹² FR. MOMMSEN, *Zur Lehre von dem Interesse (Beiträge zum Obligationenrecht II)*, Braunschweig, 1855, 3. Sul punto ci soffermeremo più avanti.

categoria risarcitoria si collocano, inoltre, anche i danni conseguenti alla violazione del diritto all'immagine, al nome, alla reputazione, alla riservatezza, nonché i diritti inviolabili della persona incisa nella sua dignità.

Il diritto dell'individuo alla propria integrità psico-fisica, in tutti gli ambiti in cui si esplica la sua personalità, rappresenta un diritto primario ed inviolabile della persona che trova negli artt. 2, 3, 29 e 32 della Costituzione il proprio regime primario di riconoscimento e tutela.

Detto principio che appare oggi così intuitivo e semplice nella sua linearità, rappresenta in verità il frutto di una maturazione del pensiero che si è sviluppato lungo un travagliato iter giurisprudenziale e dottrinale e che ha portato al superamento degli asfittici limiti entro cui la risarcibilità del danno non patrimoniale alla persona veniva tradizionalmente confinata dall'art. 2059 c.c.

L'elaborazione del principio che ha portato ad una rilettura costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c. ed al conseguente ampliamento delle ipotesi di risarcibilità del danno non patrimoniale ben oltre i limiti segnati dalla richiamata norma, si è svolta in prima battuta nel campo dell'illecito civile per poi approdare, con l'ultima pronuncia a sez. Unite della Cassazione del 2008, nell'ambito di afferenza dell'illecito di natura

contrattuale¹³.

1.2 LE TAPPE PRINCIPALI CHE HANNO CONDOTTO ALL'ESTENSIONE DEL SISTEMA DI TUTELA DEL DANNO NON PATRIMONIALE ANCHE IN CASO DI INADEMPIMENTO.

Ai fini di una maggiore chiarezza, si ritiene opportuno ripercorrere le principali tappe che hanno portato all'estensione del sistema di tutela del danno non patrimoniale anche in caso di inadempimento.

A tale proposito ricordiamo che le sezioni Unite della Corte Suprema di Cassazione, con le quattro sentenze dell'11 novembre 2008¹⁴, in contrasto con l'indirizzo sino ad allora prevalente tanto in dottrina quanto in giurisprudenza, hanno definitivamente ammesso la risarcibilità del danno non patrimoniale anche nell'ambito della responsabilità contrattuale, per l'ipotesi in cui

¹³ Si tratta delle note sentenze Cass. Sez. un. 11.11.2008, nn. 26972-3-4-5, il cui testo integrale può leggersi in *Resp. Civ. e prev.*, 2009, n. 1, p. 4 ss., decisioni che hanno sin dalla loro pubblicazione acceso un animato dibattito sia a livello dottrinale che giurisprudenziale.

¹⁴ <<Dal principio del necessario riconoscimento, per i diritti inviolabili della persona, della minima tutela costituita dal risarcimento, consegue che la lesione dei diritti inviolabili della persona che abbia determinato un danno non patrimoniale comporta l'obbligo di risarcire tale danno, quale sia la fonte della responsabilità contrattuale o extracontrattuale>>: così Cass., sez. un. Civ. 11 novembre 2008 n. 26972, n. 26973, n. 26974, n. 26975 in *Foro it.* 2009, I, 120 con note di Palmieri, *La rifondazione del danno non patrimoniale all'insegna della tipicità dell'interesse leso (con qualche attenuazione) e dell'unitarietà*; Ponzanelli, *Sezioni Unite: il "nuovo statuto" del danno non patrimoniale* e Navaretta, *Il valore della persona nei diritti inviolabili e la sostanza dei danni non patrimoniali*.

l'inadempimento violi contemporaneamente i diritti e doveri derivanti dal contratto e i valori costituzionali primari della persona.

Le quattro sentenze di San Martino hanno, di conseguenza, l'indiscutibile pregio di superare, in via generale e definitiva, la tesi della natura necessariamente patrimoniale del danno derivante dalla violazione di obbligazioni di natura contrattuale, a prescindere dall'adesione o meno al principio in esse espresso circa la piena applicabilità dell'art. 2059 c.c.¹⁵. alla materia della responsabilità per inadempimento contrattuale.

Con un importante cambiamento direzionale, le Sezioni Unite giungono ad affermare che l'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c. consente, laddove si configuri la lesione di un diritto inviolabile della persona, di risarcire i danni non patrimoniali anche nell'ambito della responsabilità contrattuale. I giudici di legittimità stabiliscono poi che nel caso in cui l'inadempimento dell'obbligazione determini, oltre alla violazione degli obblighi di rilevanza economica assunti con il contratto, anche la lesione di un diritto inviolabile della persona del creditore *“la tutela risarcitoria del danno non patrimoniale potrà essere versata nell'azione di responsabilità contrattuale, senza ricorrere all'espedito del cumulo di azioni”* ossia senza promuovere un'apposita azione di responsabilità

¹⁵ L'art. 2059 c.c. era ritenuto dalla dottrina tradizionale norma dettata esclusivamente nell'ambito della disciplina della responsabilità extracontrattuale.

aquiliana, superando così la teoria (elaborata dalla giurisprudenza per superare l'ostacolo) del cumulo delle azioni contrattuale ed extracontrattuale¹⁶.

Occorre riportare che la tesi negativa, sostenuta per anni in dottrina e giurisprudenza, riguardo alla possibilità di accordare il risarcimento del danno non patrimoniale anche in sede di illecito contrattuale, si basava principalmente sul rilievo dell'assenza in ambito contrattuale di una disposizione analoga all'art. 2059 c.c. dettata in materia di illecito extracontrattuale¹⁷. Nel silenzio della legge doveva, pertanto, concludersi per la non risarcibilità del danno non patrimoniale da inadempimento in ossequio al brocardo *ubi lex voluit dixit, ubi non voluit tacuit*.

Tuttavia, contrariamente all'indirizzo dominante che continuava a negare la risarcibilità del danno non patrimoniale in presenza di ipotesi contrattuale, già prima della sentenza della Cassazione a sezioni unite del 2008¹⁸, la questione se il danno

¹⁶ Sul punto occorre evidenziare che, superata la tradizionale concezione romanistica alla base anche del Codice Civile del 1942, secondo cui la responsabilità contrattuale era coincidente con la responsabilità per inadempimento, riferita cioè solo all'obbligo di prestazione, nella dottrina prima e nella giurisprudenza poi, è ormai approdata una concezione del rapporto obbligatorio nella quale, a corona dell'obbligo di prestazione, stanno una serie di obblighi di protezione corrispondenti agli interessi che secondo buona fede devono essere tutelati nell'attuazione del rapporto. Tali interessi possono essere di natura patrimoniale come di natura non patrimoniale, dove la tutela di questi ultimi non può significare anche risarcimento del danno che consegua alla loro violazione, negli stessi termini e limiti in cui essi sono risarcibili in sede aquiliana. Per questo motivo si potrebbe di conseguenza sostenere che la risarcibilità del danno non patrimoniale nella responsabilità contrattuale non necessita dell'art. 2059 c.c.

¹⁷ In tale direzione R. SCOGNAMIGLIO, *Il danno morale (contributo alla teoria del danno extracontrattuale)*, in *Riv. Dir. Civ.* 1957, I, p. 315.

¹⁸ Ci riferiamo alla sentenza a Sezioni Unite della Cassazione 24.3.2006 n. 6572 (in *Foro it.* 2006, 2334 con nota di Cendon e di Ponzanelli) le quali avevano consacrato

morale soggettivo potesse essere risarcibile anche nell'ambito della responsabilità contrattuale, era stata affrontata e risolta in senso positivo da alcune precedenti decisioni della Cassazione, che avevano affermato il principio secondo cui il danno morale soggettivo è risarcibile anche se il fatto causativo non costituisce reato, ma abbia cagionato la lesione dei valori della persona costituzionalmente garantiti¹⁹.

Al fine di arginare il problema della mancata previsione in materia contrattuale di una disposizione analoga all'art. 2059 c.c. la giurisprudenza, percorrendo in maniera mirabile quello che sarebbe stato l'orientamento poi recepito dalla Cassazione in composizione plenaria nel 2008, partiva dall'osservazione per cui certe tipologie di obbligazioni contrattuali sono volte per loro stessa essenza alla tutela dell'integrità psico-fisica del creditore e concludeva nel senso che è lo stesso inadempimento dell'obbligazione protettiva assunta, a costituire essa stessa fatto

la risarcibilità dei danni non patrimoniali derivanti da illecito contrattuale ma nel più limitato contesto del rapporto di lavoro, ove peraltro trova applicazione l'art. 2087 c.c., norma che assicura il diretto accesso alla tutela di tutti i danni non patrimoniali senza necessità di scomodare né l'art. 1223 c.c. né l'art. 2059 c.c. Il ristretto ambito lavoristico in cui la pronuncia era stata resa, tuttavia, non aveva consentito alla giurisprudenza di merito di estrapolare il principio affermatosi solo nel 2008 con Cass., sez. un. 11 novembre 2008 n. 26972.

¹⁹ A tale proposito Cass., sez. III, 24.01.2007, n. 1511, in *Giust. Civ. Mass.*, 2007, 1, la quale, pronunciandosi in un caso di responsabilità medica dovuta ad errore diagnostico, ha riconosciuto la risarcibilità del danno morale anche al di fuori di un'ipotesi di reato sul presupposto che <<la prestazione medica riguarda non tanto e non solo la fisicità del paziente, ma la persona nella sua integrità psico-fisica, per cui il danno risarcibile in conseguenza di eventuali errori diagnostici, non è solo la compromissione della salute fisica, ma anche quella dell'equilibrio psichico della persona, avendo pregiudicato la serenità del paziente e cagionando allo stesso un comprensibile patema d'animo>>.

generativo della lesione del diritto all'integrità della persona.

Muovendosi nella medesima direzione, le Sezioni Unite della Cassazione nella sentenza del 2008, dando pur sempre atto della mancanza in tema di responsabilità contrattuale, di una norma analoga a quella di cui all'art. 2059 c.c. dettata in tema di fatti illeciti, giungono di fatto alla sua applicazione anche in materia contrattuale, traendo argomenti dalla lettura costituzionalmente orientata della summenzionata norma.

E' importante sottolineare che, per giungere a tale conclusione, la Sezioni Unite affrontano la questione partendo dall'art. 1174 c.c. che stabilisce che le obbligazioni devono avere per oggetto prestazioni suscettibili di valutazione economica e devono soddisfare un interesse, anche non patrimoniale, del creditore. Percorrendo tale via giungono, pertanto, ad affermare che è l'indagine relativa alla causa concreta del contratto²⁰ che consente di riscontrare gli interessi (di contenuto patrimoniale ovvero non patrimoniale) che, nello specifico, il negozio mira a realizzare. In altri termini, la funzione in concreto del contratto deve essere stimata alla stregua della relativa causa in concreto e ben può essere quella protettiva di interessi di natura esistenziale del creditore della posizione stessa: ogni qual volta il contratto soddisfa interessi anche non patrimoniali del creditore,

²⁰ Causa del negozio da intendersi *“come sintesi degli interessi reali che il contratto stesso è diretto a realizzare, al di là del modello, anche tipico, adoperato; sintesi e dunque ragione concreta della dinamica contrattuale”*. In questo senso si esprimono le Sezioni Unite.

l'inadempimento può causare danni non patrimoniali.

Da ciò consegue che se l'inadempimento contrattuale abbia comportato, in concreto, la lesione anche di diritti inviolabili della persona, ben potrà aprirsi per il danneggiato la via del risarcimento del danno non patrimoniale da inadempimento, in quanto ne rappresenti una sua conseguenza immediata e diretta (art. 1223 cc).

Occorre tuttavia aggiungere che parte della dottrina²¹, con la quale la scrivente concorda, non ritiene corretto affermare che il danno non patrimoniale in ambito contrattuale possa essere risarcito soltanto in presenza della lesione di un diritto inviolabile della persona poiché ogni qualvolta la responsabilità è contrattuale o da contatto sociale qualificato, il danno non patrimoniale è risarcibile in quanto violazione di uno specifico dovere di protezione, quale conseguenza immediata e diretta dell'inadempimento (art. 1223 c.c.) con il solo limite della prevedibilità del danno (art. 1225 c.c.), e senza che alcun rilievo possa assumere la sua ingiustizia, ovvero la lesione dell'interesse giuridicamente e/o costituzionalmente rilevante. L'ingiustizia del danno è, infatti, un giudizio di valore che riguarda la sola responsabilità extracontrattuale, mentre l'inadempimento o l'inesatto adempimento non esigono alcun ulteriore criterio che abbia la funzione di fornire giustificazione alla responsabilità: la logica dell'autonomia privata contrattuale non richiede di

²¹ Da ultimo: A. DI MAJO, *Le tutele contrattuali*, Torino, 2012, 132 ss e V. TOMARCHIO, *Il danno non patrimoniale da contratto*, Napoli, 2009, 53 ss.

escludere le pretese risarcitorie prive di rango costituzionale, ma, al contrario, di dare rilevanza agli interessi funzionalmente collegati al programma contrattuale.

Il criterio selettivo operante nei confronti della lesione di interessi non patrimoniali in ambito contrattuale dovrà quindi essere esclusivamente quello della prevedibilità, che consentirà di respingere le istanze risarcitorie relativamente alla lesione di interessi rimasti estranei all'ambito della complessiva operazione negoziale e, corrispondentemente, di accordare protezione risarcitoria a tutti quegli interessi non patrimoniali rientranti nella causa concreta del contratto di qualunque rango essi siano, ed al di là di qualunque valutazione costituzionale degli stessi in termini di diritti inviolabili della persona.

Alla luce delle considerazioni suesposte appare lapalissiano come le sentenze delle Sezioni Unite del novembre 2008 abbiano scatenato un vero e proprio terremoto interpretativo (in continuo mutamento) in materia di danno non patrimoniale, causando un profluvio di interventi dottrinali che hanno evidenziato quelli che, secondo ciascuno studioso²², sono i profili positivi ovvero critici delle predette pronunce.

²² Tra i tantissimi autori si segnalano: A. Zaccaria, *Il risarcimento del danno non patrimoniale in sede contrattuale*, in *Resp. civ.*, 2009, 28; R. Partisani, *Il danno non patrimoniale da inadempimento della obbligazione nella rilettura costituzionalmente orientata dell'art. 1218 c.c.*, in *Resp. civ.*, 2009, 68; M. Gazzarra, *Danno non patrimoniale da inadempimento: le SS.UU. e le prime applicazioni nella giurisprudenza di merito*, in *Danno e resp.* 2009, 279.

1.3 LA NUOVA INTERPRETAZIONE DELLE NORME DEL CODICE CIVILE.

E' da notare che nel ragionamento seguito dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, all'art. 1218 c.c. viene attribuita valenza generale dato che oggi ricomprende non solo il danno patrimoniale ma anche quello non patrimoniale, qualora l'inadempimento abbia determinato la lesione di diritti inviolabili della persona.

Analogamente possiamo notare come la Cassazione, in composizione plenaria, interpreti in maniera piuttosto ampia l'art. 1223 c.c. a norma del quale il risarcimento del danno da inadempimento o da ritardo contrattuale, deve comprendere sia la "perdita subita" che il "mancato guadagno", in quanto ne siano "conseguenza immediata e diretta".

Occorre ricordare che precedentemente al formarsi del nuovo orientamento, la giurisprudenza e la dottrina erano propense a ritenere che il richiamo compiuto dall'art. 2056 c.c. al disposto dell'art. 1223 c.c. sulla responsabilità da inadempimento fosse applicabile nel limitato inciso che fa riferimento ai "danni come conseguenza immediata e diretta" e non anche alle voci del "danno emergente" e del "lucro cessante" ed, in assenza di uno specifico richiamo, escludevano la possibilità di accedere al risarcimento del danno non patrimoniale anche in ambito contrattuale.

Ma vi è di più.

Sempre in base all'orientamento dottrinale superato, si riteneva che per “perdita subita” e per “mancato guadagno” di cui all'art. 1223 c.c. dovessero intendersi soltanto le perdite patrimoniali riportate dal creditore, per cui rimanevano escluse dall'ambito applicativo della suddetta norma tutte le ripercussioni di ordine soggettivo o psichico in esecuzione della prestazione.

Attualmente le sezioni Unite sono giunte a conferire un più ampio contenuto all'art. 1223 c.c., sul presupposto che tra le “perdite subite” e le “mancate utilità”, anche di tipo affettivo e familiare o derivanti dalla rinuncia forzata a non poter svolgere certe attività, debbano intendersi ricompresi, sia i pregiudizi patrimoniali che quelli non patrimoniali, purché conseguenti alla lesione di un diritto della persona costituzionalmente garantito.

In base all'ampia e nuova interpretazione dell'art. 1223 c.c. della Cassazione, in composizione plenaria, il termine “perdita” è quindi oggi idoneo a ricomprendere nel suo campo di applicazione la privazione di qualsiasi cosa o svantaggio, anche se privo del carattere della pecuniarietà, così come le “mancate utilità” assorbono tutte quelle fattispecie che precedentemente rientravano nella categoria del c.d. danno esistenziale: l'articolo *de quo* non può più, quindi, intendersi limitato nel senso di “perdita economica” frutto di una impostazione patrimonialistica del diritto privato attualmente oggetto di ampia revisione.

Il quadro delineato dalle sezioni unite del 2008 appare, pertanto, rispondente ad una impostazione di fondo che si profila

ribaltata rispetto a quella cui risultava in precedenza improntata la materia del risarcimento del danno.

In altri termini, le sezioni unite suggellano il superamento, in ragione del preminente rilievo ormai assunto dalla persona, della visione paneconomica del diritto privato. Viene infatti definitivamente superata la tradizionale visione secondo cui si riteneva che l'intero sistema del diritto privato dovesse intendersi come complesso di norme a tutela di interessi prettamente economici, e se ne faceva derivare, quale suo portato, il tradizionale principio della irrisarcibilità dei danni non patrimoniali al di fuori delle ipotesi di reato. Può dirsi, quindi, che l'estensione della risarcibilità del danno alla persona anche al campo dell'inadempimento contrattuale costituisce il punto di emersione più evidente del fenomeno della c.d. depatrimonializzazione del diritto privato.

E' da rimarcare inoltre che l'operato riferimento delle sezioni unite ai diritti inviolabili di rilevanza costituzionale nonché alle rare ipotesi di inadempimenti-reati è servito per dare una stretta ad una eccessiva proliferazione di voci di danno non patrimoniale al fine di una limitazione dell'applicazione del paradigma risarcitorio (cd. liti bagatellari).

Le ipotesi di risarcibilità del danno non patrimoniale in ambito contrattuale rimangono infatti comunque segnate dal limite della prevedibilità del danno ai sensi del disposto di cui all'art. 1225 cc e che al contrario non è operante in materia di

responsabilità da fatto illecito, in difetto di richiamo da parte dell'art. 2056 c.c. Pertanto, fuori dalle ipotesi di dolo, il risarcimento del danno non patrimoniale da inadempimento, rimane comunque limitato ai danni che potevano prevedersi al tempo in cui l'obbligazione è sorta e per la loro concreta liquidazione dovrà altresì tenersi conto dell'eventuale comportamento colposo del debitore (art. 1227 c.c.).

Sempre sotto l'aspetto delle limitazioni alla risarcibilità del danno non patrimoniale in ambito contrattuale, appaiono inoltre rilevanti, oltre alla già citata previsione di cui all'art. 1225 e ss c.c. circa la risarcibilità del solo danno prevedibile, ed a patto che sia “conseguenza immediata e diretta” dell'inadempimento (art.1223 c.c.), gli ulteriori limiti che risultano dal richiamo all'art. 1174 c.c., nel senso che l'interesse non patrimoniale che si assume leso deve comunque essere dedotto in contratto.

In altre parole, in vista della possibilità di accordare il risarcimento del danno non patrimoniale da inadempimento, si richiede che la specifica funzione protettiva degli interessi non patrimoniali del creditore della prestazione, sia penetrata nella causa contrattuale, in modo tale che l'adempimento di detti obblighi protettivi sia ragione giustificativa dello stesso accordo in concreto assunto.

La lesione di un interesse che non sia stato considerato dalle parti all'atto della conclusione del contratto e che non rileva, quindi, ai fini della sua causa in concreto, non potrà trovare

legittimo ristoro in presenza di un accertato inadempimento contrattuale.

1.4 LA CONTROVERSA QUESTIONE DEL FONDAMENTO NORMATIVO.

Come già rilevato nei paragrafi precedenti, il problema della generalizzata risarcibilità del danno non patrimoniale da inadempimento nel nostro ordinamento è stato da sempre strettamente correlato a quello dell'individuazione della norma codicistica di riferimento e, dunque, della disciplina applicabile, mancando una disposizione che, in materia di obbligazioni, fosse speculare all'art. 2059 c.c.

La questione rivestiva particolare importanza soprattutto antecedentemente alla svolta giurisprudenziale del 2003 della Corte Costituzionale²³ in quanto la tesi tradizionale volta ad

²³ La sentenza della Corte Costituzionale 11.7.2003 n.233 ha segnato un decisivo punto di approdo nella definizione degli ambiti del danno non patrimoniale poiché, sulle orme delle sentenze della Corte di Cassazione del 23.5.2003 n. 8827 e 8828 di pochi mesi più recenti, attraverso una interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c., ha ripensato gli ambiti di detta norma, ricomprendendo nella definizione di danno non patrimoniale e, conseguentemente, sotto la disciplina dell'art. 2059 c.c., ogni lesione della persona di carattere non patrimoniale. Più precisamente, superata la tesi tradizionale secondo la quale il danno non patrimoniale di cui all'art. 2059 c.c. si identificerebbe con il danno morale soggettivo, secondo la Corte Costituzionale nella formula "danno non patrimoniale" vanno fatti ricadere non solo il danno morale soggettivo, inteso come transeunte turbamento dello stato d'animo della vittima, ma anche il danno biologico, inteso come lesione dell'interesse, costituzionalmente garantito, all'integrità psichica e fisica della persona, conseguente ad un accertamento medico (art. 32 Cost.), e il danno c.d. esistenziale derivante dalla lesione di (altri) interessi di rango costituzionale inerenti alla persona. Per un commento a tale sentenza: P. Ziviz., *Il nuovo volto dell'art. 2059 c.c.*, in *Resp. civ. prev.* 2003, 1036.

escludere o comunque a limitare fortemente il danno non patrimoniale da inadempimento riteneva il necessario referente normativo dovesse essere individuato nell'art. 2059 c.c., utilizzando così l'interpretazione restrittiva di tale norma (considerata applicabile solo in presenza di un danno morale da reato) per escludere di fatto ogni rilievo giuridico al danno non patrimoniale da inadempimento.

Tuttavia, ai fini dell'individuazione del referente normativo, è preferibile ritenere che la questione del danno non patrimoniale da inadempimento segua regole sue proprie e non possa essere soggetta all'applicazione dell'art. 2059 c.c. che è norma incompatibile con le regole dell'autonomia privata.

Occorre dunque abbandonare la via della capacità espansiva dell'art. 2059 c.c. e verificare se esistano disposizioni che attribuiscono direttamente un rilievo giuridico ad interessi contrattuali non patrimoniali e quindi in via mediata ai danni conseguenti alla loro lesione.

L'attenzione deve essere focalizzata sulla principale norma di riferimento in materia di responsabilità per inadempimento delle obbligazioni: l'art. 1218 c.c. che recita testualmente che "il debitore che non esegue espressamente la prestazione dovuta è tenuto al risarcimento del danno". E' da notare che nella norma non è rinvenibile alcuna limitazione circa la natura del danno risarcibile: l'art. 1218 c.c. e l'art. 1223 c.c. nell'affermare rispettivamente regole e misure del meccanismo risarcitorio dei

danni da inadempimento anzi, non distinguono in fatto di patrimonialità delle lesioni e non contemplano alcuna esplicita restrizione o esclusione in ordine alla risarcibilità del danno contrattuale non patrimoniale. Gli articoli *de quibus* infatti, parlano genericamente di “danno” e di “perdita subita” a voler comprendere la privazione di “qualsiasi cosa o vantaggio e perciò tanto di un bene che può valutarsi pecuniariamente in via oggettiva, quanto di un bene che sfugge a tale caratteristica perché non del mondo economico”²⁴ Leggendo l’art. 1223 c.c. in combinato disposto con l’art. 1174 c.c. la conseguenza è che la “perdita” cui si riferisce l’art. 1223 c.c. non è solo quella patrimoniale ma va intesa, in esito al perdurante processo di “personalizzazione” del diritto privato, anche come perdita di carattere non patrimoniale e tale interpretazione estensiva è corroborata anche dalla recente svolta giurisprudenziale inaugurata dalla Corte Costituzionale nel 2003 e quindi del nuovo contenuto del danno non patrimoniale.

²⁴ Così G. Bonilini, *Il danno non patrimoniale*, Milano, 1983, 231: secondo l’autore l’interpretazione per cui il concetto di “perdita” sta per “perdita economica” è solamente “il frutto di un argomentare che si tramanda e che può dirsi indicatore di una mentalità patrimonialistica che da lungo tempo si è abituati a rintracciare nelle operazioni esegetiche delle nostre norme”.

1.5 APPLICAZIONI PRATICHE NEL DIRITTO VIVENTE DI IPOTESI CONTRATTUALI GENERATRICI DI DANNI NON PATRIMONIALI.

Tra le ipotesi in cui all'inadempimento di una obbligazione in senso lato possa conseguire, oltre alla violazione di obblighi di natura economica assunti con il contratto, anche la lesione di un diritto inviolabile della persona del creditore, vengono in rilievo innanzi tutto i c.d. contratti di protezione nel settore sanitario²⁵.

Rientrano nella categoria dei contratti di protezione anche i rapporti che intercorrono tra l'alunno e l'istituto scolastico²⁶, trovando anch'essi la propria fonte nella c.d. responsabilità da contatto sociale.

L'elencazione offerta dalle Sezioni Unite di tutte le ipotesi contrattuali generative di danni non patrimoniali non può comunque ritenersi esaustiva: dalla dottrina, con il costante avallo della giurisprudenza, viene espressamente configurato come danno non patrimoniale avente matrice contrattuale anche il danno da vacanza rovinata collegato ai contratti di vendita di pacchetti

²⁵ In tale direzione Cass. 22.1.1999 n. 589, in *Foro it.* 1999, I, 3332; Cass. 9.5.2000 n. 5881 in *Danno e resp.* 2001, 169 con nota di D'Angelo; Cass. 23.5.2001 n. 6735, in *Foro it.* 2001, I, 2497 con nota di Pardolesi; Cass. 29.7.2004 n. 14488, in *Foro it.* 2004, I, 3327 con nota di Bitetto; Cass. 24.1.2007 n. 1511, in *Resp. civ. prev.* 2007, 2318 con nota di Spangaro.

²⁶ Così Cass. 27.6.2002 n. 9346, in *Foro it.* 2002, I, 2635 con nota di Di Ciommo, *La responsabilità contrattuale della scuola (pubblica) per il danno che il minore si procura da sé: verso il ridimensionamento dell'art. 2048 c.c.* i in *Corr. Giur.* 2002, 1287 con nota di Morozzo della Rocca; Cass 31.3.2007 n. 8067 in *Foro it.* 2007, I, 3468.

turistici “tutto compreso”.

Giova spiegare che con l’espressione danno da vacanza rovinata si intende un pregiudizio di natura non patrimoniale consistente nel disagio, nello stress e nell’afflizione del turista, per non aver potuto godere pienamente dei benefici intrinseci della vacanza programmata a causa dell’inadempimento del *tour operator*.

In materia si registra già da qualche anno una copiosa giurisprudenza propensa a riconoscere ampia risarcibilità al danno non patrimoniale da inadempimento del contratto di viaggio “tutto compreso”.

A tale proposito l’orientamento giurisprudenziale è propenso a ritenere l’interesse del contraente alla vacanza permei direttamente la causa del contratto, per cui nel viaggio tutto compreso la “finalità turistica” non rappresenta un motivo irrilevante ma si sostanzia nell’interesse che lo stesso è funzionalmente volto a soddisfare, connotandone la causa concreta e, perciò, determinando l’essenzialità di tutte le attività e dei servizi strumentali al godimento della vacanza per come essa è prospettata dall’organizzazione²⁷.

In questa linea di pensiero il contratto di viaggio “tutto compreso” si ricollega casualmente al peculiare interesse che il viaggio stesso è chiamato a soddisfare, ovvero garantire al turista

²⁷ Tra le sentenze più esaustive in merito alla problematica si rinvia a: Cass., 24.07.2007 n. 16351, in *Nuova giur. Civ. e comm.*, 2008, p. 542, con commento di S. Nardi; Cass., 20.12.2007, n. 26958, in *Corr. Giur.* 2008, 921.

un periodo di svago e di riposo adeguato alle proprie aspettative e qualora le stesse dovessero rimanere frustrate, ben potrà riconoscersi il diritto al risarcimento del danno, patrimoniale e non patrimoniale.

Appare degno di nota che la possibilità di riconoscere al turista un risarcimento del danno non patrimoniale da vacanza rovinata, trova oggi espressa previsione normativa all'interno del c.d. codice del turismo (d. lgs. N.79/2011) che riproduce la normativa dei "servizi turistici" contenuta negli artt. 82-100 nel capo II del titolo IV del codice del consumo, ed abrogata a seguito dell'entrata in vigore il 21.6.2011 del codice del turismo stesso.

Attualmente il risarcimento di questa peculiare voce di danno non patrimoniale potrà scaturire esclusivamente da violazioni contrattuali di non scarsa importanza del *tour operator*, a nulla rilevando le valutazioni soggettive del turista sulle modalità di erogazione di alcuni servizi accessori.

E' innegabile che l'opzione normativa si pone in linea con l'orientamento inaugurato con le sentenze a sezioni unite della Cassazione sul danno non patrimoniale, finalizzato a porre un freno al pericolo di un contenzioso caotico e disordinato in cui potrebbero trovare ingresso ogni genere di aspettativa che sia andata delusa, in quanto si è data ampia applicazione al principio in base al quale << la responsabilità contrattuale deve farsi carico solamente di quei pregiudizi non patrimoniali che si ricollegano a frustrazioni delle "aspettative" delle parti legittimamente sorte per

effetto della conclusione del contratto o comunque acquisite allo schema di disciplina del relativo rapporto obbligatorio>>.

1.6 RIFLESSIONI CRITICHE SULLA NATURA PATRIMONIALE DELL'OBBLIGAZIONE.

Uno dei tradizionali e più risalenti argomenti con cui la dottrina ha negato la risarcibilità dei danni non patrimoniali derivanti da un inadempimento è quello che fa leva sulla natura patrimoniale della prestazione dedotta in obbligazione.

In base a tale orientamento si afferma, cioè, che se in base al nostro diritto positivo l'obbligazione deve avere per oggetto una prestazione patrimoniale e, d'altronde, l'ambito della responsabilità contrattuale è determinato dall'inesecuzione della prestazione stessa, il campo dei danni non patrimoniali, in questo settore, non può che restare al di fuori della rilevanza giuridica.

Questa affermazione, tuttavia, è agevolmente superabile considerando che se la prestazione deve assumere il carattere della patrimonialità, ciò non toglie che l'obbligazione può corrispondere (ed è lo stesso codice a prevederlo) anche ad interessi non patrimoniali. A tale proposito non può convincere la remota lettura dell'art. 1174 c.c. compiuta da autorevole dottrina²⁸ secondo la quale se la prestazione deve avere natura patrimoniale, essa

²⁸ De Cupis, *Il danno*, Vol. I, Milano 1979, p. 132.

necessariamente deve corrispondere ad un interesse della stessa natura specificando, altresì, che “nel caso poi che un interesse non patrimoniale accompagni l’interesse patrimoniale, solo quest’ultimo può essere oggetto di danno risarcibile, poiché la tutela giuridica non viene estesa anche all’interesse non patrimoniale”.

Analogamente la giurisprudenza²⁹ si è talvolta riferita alla patrimonialità della prestazione come argomento decisivo per sostenere la propria posizione prevalentemente ostile nei confronti del risarcimento del danno in questione, argomentando che, in base alle norme in materia di responsabilità contrattuale, la conseguenza dell’inadempimento imputabile al debitore è l’obbligo legale di risarcire il danno, nel quale si converte l’obbligazione originaria rimasta insoddisfatta: patrimoniale era la prestazione dovuta e inadempita, patrimoniale deve essere anche il danno che la sostituisce.

Occorre rilevare che la maggior parte delle tesi contrarie o comunque fortemente limitatrici in ordine alla risarcibilità del danno non patrimoniale da inadempimento utilizzano come prova proprio l’art. 2059 c.c. e la sua interpretazione restrittiva con la mancata estensione di tale disposizione al campo contrattuale per giungere di fatto a negare la generalizzata risarcibilità del danno

²⁹ Tra tante: Cass., 23.12.2003, n.19769, in *Giust. Civ.*, 2004, I, 1763 e Corte App. Perugia 8.6.1998 in *Rass. Giur. Umbra*, 1999, I, secondo cui “non è ammissibile il risarcimento del danno morale consistente nell’afflizione derivante da inadempimento contrattuale”.

non patrimoniale da inadempimento.

In altri termini, concludono che l'art. 2059 c.c. contempla solo un'ipotesi di risarcimento del danno morale da reato e quindi non può operare al di fuori dell'ambito della responsabilità extracontrattuale.

E' di tutta evidenza tuttavia che le argomentazioni *de quibus* sono ora superabili alla luce del nuovo orientamento giurisprudenziale: la nuova interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c. impone un diverso presupposto di partenza. Il danno non patrimoniale è oggi molto più ampio e ricomprende ogni ipotesi di lesione ai diritti fondamentali dell'individuo riconducibile alla tutela dell'art. 2 Cost. e tale tutela contro la lesione di ogni diritto alla persona non può essere limitata, anche per ragioni di coerenza ed omogeneità dell'intero sistema risarcitorio, a seconda della fonte (contrattuale o extracontrattuale) da cui ha avuto origine la lesione specie perché sono sempre più numerose le ipotesi di contratti destinati a soddisfare bisogni di svago, di crescita culturale o di divertimento (emblematici sono i contratti di viaggio già ricordati nel precedente paragrafo).

Alla luce delle considerazioni esposte, negare la risarcibilità del danno non patrimoniale derivante dal mancato soddisfacimento del bisogno o dell'interesse dedotti in contratto equivarrebbe spesso a lasciare privo di qualsiasi tutela risarcitoria l'interesse del creditore alla prestazione.

Appare lapalissiano, quindi, che la tesi che nega la risarcibilità del danno non patrimoniale da inadempimento si scontra non solo con la recente evoluzione giurisprudenziale ma soprattutto con la lettera della legge.

Si ritiene, pertanto, di poter concordare con autorevole dottrina che afferma che ³⁰ il concetto di danno non patrimoniale, inteso quale perdita di utilità personali di vita, insuscettibile di una valutazione economica, si riferisce indifferentemente sia all'ambito contrattuale che extracontrattuale. D'altro canto se è vero che la prestazione deve avere carattere patrimoniale, ciò non toglie che il contratto possa interferire con momenti della vita del contraente che assumono significato in termini non patrimoniali, con la conseguenza che l'inadempimento di una prestazione patrimoniale può riverberarsi anche su interessi del creditore non suscettibili di valutazione economica.

In quest'ottica il principale argomento a favore della risarcibilità del danno non patrimoniale da inadempimento è costituito dalla previsione contenuta nell'art. 1174 c.c.³¹, in base al quale l'interesse del creditore può essere anche di natura non patrimoniale. In altri termini, il mancato adempimento di un obbligo comporta necessariamente la riparazione di tutti i danni

³⁰ C. SCOGNAMIGLIO, *Il danno non patrimoniale contrattuale*, in *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo*, a cura di Mazzamuto, Torino, 2002, p. 470.

³¹ Tra gli importanti contributi sul tema si segnala: G. CIAN, *Interesse del creditore e patrimonialità della prestazione*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1968, 201 ss; M. GIORGIANNI, *L'obbligazione: la parte generale delle obbligazioni*, I, Milano, 1951, 32 ss.

sofferti dal creditore e se questi è portatore di un interesse non patrimoniale (come consentito dall'art. 1174 c.c.) il risarcimento deve compensare la lesione di questo interesse.

Si può agevolmente concludere che la disposizione in esame adeguatamente valorizzata alla luce di un più ampio contesto normativo e dell'attuale panorama giurisprudenziale, contiene già in sé gli estremi idonei a giustificare la rilevanza e la risarcibilità del danno non patrimoniale contrattuale.

La rilevanza di interessi e valori non patrimoniali nell'ambito di rapporti contrattuali oltre ad essere specificatamente prevista nell'art. 1174 c.c. emerge anche in alcune disposizioni specifiche. In particolare, la disciplina del rapporto di lavoro subordinato ci presenta due significative norme, l'art. 2087 c.c. e l'art. 2105 c.c. rispettivamente relative all'obbligo del datore di lavoro di provvedere nell'esercizio dell'impresa ad assumere tutte quelle misure che siano necessarie a tutelare non solo la salute fisica ma anche l'integrità psichica e morale del lavoratore e all'obbligo di fedeltà del lavoratore. Un ulteriore esempio ci viene offerto dall'art. 1256 c.c. secondo il quale –in ipotesi di temporanea impossibilità sopravvenuta della prestazione – il debitore è liberato se l'impossibilità perdura fino a quando il creditore non ha più interesse a conseguire la prestazione, interesse, questo, che può ben avere carattere non patrimoniale. Considerazioni analoghe possono essere svolte in tema di riduzione della penale ai sensi dell'art. 1384 c.c. la quale può

essere equamente diminuita dal giudice, avuto sempre riguardo all'interesse che il creditore aveva all'adempimento.

E' bene rimarcare ancora una volta che, affinché gli interessi non patrimoniali assumano rilevanza, occorre che essi abbiano influito sulla stipulazione del contratto e sulla determinazione del contenuto: non devono in sostanza essere rimasti confinati nella sfera – imperscrutabile ed irrilevante – dei motivi individuali ma devono in qualche modo aver avuto ingresso nel contratto divenendone oggetto di stipulazione e contenuto precettivo dell'accordo e ciò al fine di evitare una proliferazione ingovernabile di pretese risarcitorie.

Prima di passare oltre, si ritiene importante soffermarsi ancora sulla considerazione che l'art. 1174 c.c. riveste un ruolo fondamentale nella materia del risarcimento del danno non patrimoniale da inadempimento: questa disposizione, ammettendo che l'obbligazione possa corrispondere anche ad un interesse non patrimoniale, fornisce un argomento determinante a favore della risarcibilità del danno *de quo* e imponendo una valutazione caso per caso di quali interessi non patrimoniali debbano considerarsi rilevanti in ciascun contesto contrattuale, consente anche di circoscrivere la risarcibilità di tale danno ai soli interessi che si sono obiettivati nel contratto e che perciò siano stati riconosciuti dal debitore sin dal sorgere dell'obbligazione.

Senza dubbio, se il debitore è tenuto a riparare i danni provocati direttamente ed immediatamente dal suo inadempimento,

egli sarà tenuto a risarcire anche il danno non patrimoniale ogniqualvolta l'interesse cui era preordinata la prestazione è di natura morale e la perdita sofferta dal creditore si identifica nella sua mancata realizzazione.

1.7 CONCLUSIONI.

Alla luce delle considerazioni esposte in questo capitolo primo dedicato alla ricostruzione in estrema sintesi del sistema nel diritto vivente afferente alla problematica del danno da inadempimento, possiamo trarre alcune conclusioni.

Sicuramente si ritiene corretto affermare che la distinzione tra danno patrimoniale e danno non patrimoniale derivante dall'inadempimento di un'obbligazione, riguarda solo la natura del pregiudizio e non la sua fonte: così come da un fatto illecito possono derivare danni patrimoniali e non patrimoniali, allo stesso modo quei pregiudizi possono avere fonte in un inadempimento contrattuale. Ed è questa l'idea di fondo che mi ha spinto ad intitolare la presente tesi *“Il danno da inadempimento”* senza aggiungere distinzioni e specificazioni al tipo di danno preso in esame.

In sede di conclusioni è importante sottolineare, inoltre, la centralità del ruolo ricoperto dall'interesse delle parti del quale si impone una valutazione caso per caso al fine di individuare quali

interessi non patrimoniali possano ritenersi meritevoli di tutela e quindi idonei in ciascun contesto contrattuale a concretizzarsi in un danno eventualmente risarcibile se provocato direttamente ed immediatamente dall'inadempimento. A riguardo è da soggiungere che nel prosieguo della presente tesi (nel capitolo terzo) vedremo come l'importanza della valutazione degli interessi non patrimoniali rivesta un ruolo determinante nelle testimonianze dei giuristi romani.

Appare, infine, doveroso far riflettere sulla circostanza che se il danno non patrimoniale da inadempimento non viene espressamente escluso dal legislatore, deve presumersi che lo stesso sia consentito o quantomeno che la mancata previsione costituisca una dimenticanza, la quale, pertanto, deve essere oggetto di valutazione e non di esclusione *tout court*.

Nell'ordinamento giuridico italiano, infatti, non è rinvenibile in alcuna norma un precetto che escluda o limiti il risarcimento del danno non patrimoniale e pertanto non si può che propendere per l'ammissibilità del risarcimento del danno in esame.

CAPITOLO II

IL DANNO NON PATRIMONIALE NELLA DOTTRINA ROMANISTICA

SOMMARIO: 2.1 Premessa 2.2 I danni morali nella dottrina romanistica e il profilo della risarcibilità 2.3 Il danno morale secondo Antonio Marchi 2.4 Il parere di Rudolph Von Jhering. 2.5 Il concetto di danno ed *id quod interest* nell'opera di Mommsen e nel sistema giuridico romano.

2.1 PREMESSA.

Andando ad affrontare la tematica del danno da inadempimento nel sistema di diritto romano si deve innanzi tutto essere consapevoli del fatto che non si intraprende lo studio di un istituto omogeneo e di semplice ricostruzione, o di più istituti facilmente riconducibili ad una più ampia categoria giuridica. E' appena il caso di ricordare che il concetto stesso di categoria giuridica, peraltro, era sconosciuto al diritto romano, in particolare fino al diritto classico.

Il ragionamento per categorie, infatti, è tipico di una scienza giuridica che riflette sul proprio oggetto di studio, consapevolmente, e cerca di categorizzarlo e di ordinarlo per poterlo comprendere appieno.

I giuristi romani, prima della stesura del Digesto, tendevano a studiare il diritto in stretta connessione con la realtà e con le ipotesi applicative del diritto, con un'impronta spiccatamente pragmatica, più per trovare soluzioni efficaci che per elaborare un *corpus* normativo ordinato e logicamente coerente con se stesso.

Ciò premesso cercheremo di capire se la nuova interpretazione nel diritto vivente afferente al danno non patrimoniale in materia di inadempimento di obbligazioni ha radici nel pensiero dei giuristi romani.

La tematica nell'ordinamento italiano, come abbiamo visto nel capitolo primo, risulta di grande attualità e notevole è l'attenzione prestata sia dal legislatore che dalla dottrina e dalla giurisprudenza.

Analogamente anche nel diritto romano la problematica è stata oggetto di approfondito studio da parte della dottrina e l'aspetto che ha suscitato maggiore interesse è sicuramente quello del risarcimento con particolare riguardo ai danni non patrimoniali, nei quali si includono quelli morali consistenti in mere sofferenze, patemi d'animo e dolore (per la cui riparazione si parla della cd.

pecunia doloris)³².

Appare innegabile che i danni non patrimoniali erano conosciuti fin dalla legge delle XII Tavole³³ nelle quali l'interesse morale iniziò a farsi valere al pari dell'interesse pecuniario completando in tal modo la c.d. *utilitas*.

A tale proposito occorre subito dare atto che la moderna dottrina romanistica si è divisa su due orientamenti contrastanti.

Alcuni sostengono che nel diritto romano i danni non patrimoniali non fossero assolutamente riconosciuti come risarcibili e ciò perché esso non ha mai tradito il principio <<*le noble princepe selon lequel certains biens ne sont pas susceptibles d'être estimés en argent*>>³⁴. E' importante ricordare che la posizione *de qua* è avvalorata dal richiamo ad un passo di Gaio nel quale descrivendosi la disciplina dell'*actio de effusis et deiectis*, sembra accordarsi il risarcimento alle sole ipotesi di lucro cessante³⁵.

³² Si rinvia a M.F. CURSI, *Il danno non patrimoniale e i limiti storico-sistemati dell'art. 2059 c.c.*, in AA.VV., *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato. Obbligazioni e diritti reali*, prefazione di Luigi Capogrossi Colognesi, Napoli 2003, 103 ss.; A. SICARI, *Danno non patrimoniale e legittimazione ad agire*, in C. CASCIONE, E. GERMINO, C. MASI DORIA (a cura di), *Parti e giudici nel processo. Dai diritti antichi all'attualità*, Napoli 2006, 249 nt. 1. Della stessa autrice cfr. pure la monografia su *Gli interessi non patrimoniali in Giavoleno. Studio su D. 38.2.36*, Bari 2007, 23 ss.

³³ La quale, come sappiamo, considerava tre tipi di delitto d'ingiuria e cioè: *membrum ruptum, os fractum, iniuriae minores*.

³⁴ Così G. BONILINI, *Il danno non patrimoniale*, Milano 1983, 106 che riporta una frase del romanista francese J. Macqueron.

³⁵ Cfr. Gai D. 9.3.7., in S. SCHIPANI (a cura di), *Iustiniani Augusti Digesta seu Pandectae*, Milano, 2005, 5-11) in cui afferma che <<*il viandante ferito ha solo diritto alle spese di malattia e di cura e al risarcimento per le opere mancate, ma non*

Di diverso avviso sono, invece, altri studiosi che a sostegno del loro contrapposto orientamento affermano che le fonti romane riconoscono agli interessi di tipo morale ed extra-patrimoniale il massimo della protezione mediante la corresponsione di una somma di denaro che secondo alcuni era data a titolo di risarcimento e secondo altri costituiva una pena privata. A prescindere da quest'ultimo dato distintivo è, tuttavia, innegabile che nell'esperienza giuridica romana fosse ammessa la riparazione del danno non patrimoniale³⁶: la conferma di questo aspetto si rintraccia nel fatto che lo *iudex* disponeva di strumenti efficaci volti alla tutela di questi interessi non patrimoniali.

Giova ricordare in tale sede che nell'ambito delle *actiones in bonum et aequum conceptae*, si distingueva, per esempio l'*actio iniuriarum aestimatoria*, rivolta ad offrire ristoro non solo alle vittime di lesioni personali ed offese all'onore, ma anche a coloro che avevano ricevuto manifestazioni di disprezzo della propria personalità. E' da soggiungere che il *quantum debeatur* a titolo di risarcimento (o pena privata)³⁷ era fissato dal giudice secondo equità.

Al di là del conflitto dottrinale qui solamente accennato,

avrebbe invece diritto a nessun indennizzo per le cicatrici e le deformità in quanto cicatricium autem aut deformitatis nulla fit aestimatio, quia liberum corpus nullam recepit aestimationem>>.

³⁶ G. BONILINI, *Il danno non patrimoniale*, Milano, 1993, 98: l'autore riprende le tesi di Von Jhering.

³⁷ Tale precisazione si rende necessaria a fronte della profonda incertezza in dottrina circa la natura e funzione della condanna giudiziale in queste circostanze.

prima di procedere oltre si ritiene importante sottolineare un dato indiscutibile: i *prudentes* dell'epoca romana conoscevano i danni non patrimoniali e con molta probabilità furono i primi a porsi il problema della loro risarcibilità per la quale predisposero alcuni efficaci strumenti giudiziali finalizzati a concretarne la tutela.

2.2 I DANNI MORALI NELLA DOTTRINA ROMANISTICA E IL PROFILO DELLA RISARCIBILITÀ.

Nell'ambito della dottrina romanistica, i danni morali, e più in generale i danni non patrimoniali, sono stati affrontati specialmente sotto il profilo della loro risarcibilità. A riguardo è stato messo in risalto che il problema della risarcibilità del danno morale in diritto romano nasce dallo stretto rapporto tra danno e interesse dove la misura è data dall'*id quod interest* inclusivo sia del danno emergente sia del lucro cessante.

Il tema, come già rimarcato, ha sempre attirato l'attenzione degli studiosi non solo di recente (come risposta alla grande attualità dell'argomento nel diritto vivente) ma anche in anni molto lontani³⁸.

E' stato sostenuto che nell'ordinamento giuridico romano

³⁸ Effettua un'indagine preliminare su come veniva preso in considerazione nella esperienza giuridica romana il tema su cui si riflette in queste pagine S.

non esiste un principio generale della risarcibilità dei danni non patrimoniali in senso moderno, ma questo non significa che in tale ordinamento non si riconosca mai una tutela degli stessi.

In molti casi, la tutela è garantita dalle azioni penali private, anche se non si tratta di risarcimento in senso tecnico (come ad esempio nel caso dell'*actio iniuriarum aestimatoria* che disciplina comportamenti lesivi di valori rilevanti non solo sotto il profilo strettamente patrimoniale).

Non è possibile qui soffermarsi sulla totalità delle problematiche scaturenti dalla precedente osservazione, tuttavia, ai fini della nostra indagine risulta opportuno approfondire i diversi orientamenti che hanno caratterizzato il tema della risarcibilità dei danni morali al fine di ricavarne una visione generale.

Nella storia giuridica romana, come sappiamo, è possibile evidenziare, prevalentemente, due diversi orientamenti non privi tuttavia di una certa oscillazione. Qualche autore come ad esempio Marchi nega l'esistenza di un principio generale del risarcimento dei danni morali nell'ordinamento giuridico romano.

La tesi trova ancora oggi conferma pure in una parte della manualistica: si pensi ad esempio ad Antonio Guarino, il quale, nel suo *Diritto privato romano*, ricorda a proposito della fattispecie del *damnum iniuria datum* che <<per quanto riguarda l'“evento danno” subito da un soggetto... il *damnum* doveva consistere in

SCHIPANI, *Contributi romanistici al sistema della responsabilità contrattuale*, Torino 2009, 15.

una perdita di carattere economico (cd. “danno patrimoniale”) e non si estendeva alle mere sofferenze morali, al puro e semplice *dolor* (cd. “danno morale”) procurato al soggetto passivo>>³⁹.

Tuttavia, secondo altri studiosi (quali ad esempio Umberto Ratti e Francesco Maria De Robertis) il risarcimento di tali sofferenze è ammesso nell’esperienza giuridica romana⁴⁰.

Occorre dare atto che il tema è stato affrontato anche dalla dottrina civilistica italiana: a riguardo vorrei ricordare la monografia di Alfredo Minozzi su “*Il danno non patrimoniale*” nella quale l’autore dedica un intero capitolo proprio a << *Il danno non patrimoniale in diritto romano*>>⁴¹.

Lo studioso afferma che <<nel diritto romano lo studio dell’elemento della non patrimonialità è di massimo interesse perché in quel diritto non si trova questo concetto già formato, ma lo si osserva nelle sue prime fasi, se ne esamina tutta la sua vita evolutiva dal suo nascere al suo più rigoroso svolgimento>>⁴².

E’ da soggiungere che Minozzi, dopo aver ricordato che per i Romani pena privata e risarcimento erano entrambi conseguenza del delitto civile e che una netta antitesi tra i due concetti non vi fu

³⁹ A. GUARINO, *Diritto privato romano*, Napoli 2001, 999 ss.

⁴⁰ U. RATTI, *Il risarcimento del danno nel diritto giustiniano*, in *Bullettino dell’Istituto di diritto romano* 40 (1932) 169 ss; F. M. DE ROBERTIS, *Sulla risarcibilità del danno morale nel diritto giustiniano*, in *Annali della Facoltà di Giurisprudenza dell’Università degli Studi di Bari* 3.1 (1965-1966).

⁴¹ A. MINOZZI, *Studio sul danno non patrimoniale (danno morale)*, Milano 1917, 103 ss.

⁴² A. MINOZZI, *Studio sul danno non patrimoniale (danno morale)*, cit. 103.

mai, evidenza che, pur se i danni non patrimoniali erano risarciti in diritto romano con una pena privata, <<resta sempre provato che tali danni erano pertinenti a quel diritto, sia perché i Romani ne accolsero i principi fondamentali, sia perché la pena privata, intesa come mezzo di tutela giuridica individuale, è rimedio di natura civile, e quindi non è in opposizione col puro risarcimento civile, col quale ha comune fondamento giuridico>>⁴³.

L'autore conclude, infine, ricordando che il concetto di danno morale <<è dunque esistito in tutti i tempi trovando il suo fondamento nella natura umana>>⁴⁴.

Non di minore importanza è il contributo di Marchi il quale ritiene che dal complesso della Compilazione risulterebbe confermata la regola del risarcimento del solo danno patrimoniale.

Tale posizione di Marchi è, tuttavia, criticata da Ratti che ritiene che il diritto giustiniano abbia ammesso il risarcimento del danno morale avendo sviluppato una rinnovata concezione del risarcimento del danno. In una simile posizione si pone, altresì, De Robertis.

In epoca più recente il tema è oggetto di un rinnovato interesse dottrinale in ragione della sua centralità nell'esperienza contemporanea. A riguardo, autorevole dottrina rappresentata da

⁴³ A. MINOZZI, *Studio sul danno non patrimoniale (danno morale)* cit. 126.

⁴⁴ A. MINOZZI, *Studio sul danno non patrimoniale (danno morale)*, cit. 281.

Cursi,⁴⁵ ha commentato che lo spazio per un confronto fra l'esperienza romana e quella attuale viene meno <<essendo diversa la griglia concettuale>> entro la quale sono collocati i valori immateriali della persona rispettivamente nel diritto romano e nel diritto attuale. La studiosa, dopo aver ribadito che i Romani distinguono tra una logica reipersecutoria che non tutela contro il danno non patrimoniale e una logica afflittiva che invece lo fa, ha sottolineato che <<la tutela dei valori che oggi consideriamo beni della persona e la cui lesione assume la forma del danno non patrimoniale avviene, nel diritto romano, soltanto all'interno di una logica afflittiva, propria dell'azione penale privata. E' noto che con quest'ultimo tipo di azione i Romani sanzionassero innanzitutto il comportamento lesivo, e solo di riflesso il bene>>.

Sulla base di questa convinzione si criticano così sia la posizione di chi come Marchi, considerando che il risarcimento del danno morale debba seguire una logica reipersecutoria, ha escluso la configurabilità della tutela del danno non patrimoniale in mancanza di fonti in questa direzione, obiettando che in questo modo si proietta sulle testimonianze romane la moderna concezione della tutela aquiliana e sia la posizione di chi, basandosi sulla natura dell'interesse tutelato a prescindere dalla natura reipersecutoria o penale dell'azione, ha notato un'attenzione dei Romani per il danno non patrimoniale.

⁴⁵ M.F. CURSI, *Il danno non patrimoniale e i limiti storico-sistematici dell'art. 2059 c.c.*, in *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato. Obbligazioni e diritti reali*, Napoli 2003, 103 ss (anche in *Riv. dir. Civ.* 2004, I, 865 ss).

2.3 IL DANNO MORALE SECONDO ANTONIO MARCHI

Occorre ricordare che il tema del risarcimento del danno morale, limitando l'indagine al secolo scorso, è stato inaugurato nel 1904 dal saggio di Antonio Marchi⁴⁶ intitolato significativamente *“Il risarcimento del danno morale secondo il diritto romano”*.

Si ritiene necessario anticipare per una maggiore chiarezza espositiva che in tale articolo l'autore, evidenziando l'opportunità di distinguere il concetto di risarcimento da quello di pena e analizzando le fonti giuridiche romane sotto il profilo della *condemnatio* delle formule delle azioni, concluse negando, al di là di singole decisioni e di affermazioni di principio, l'esistenza di un principio generale della risarcibilità del danno non patrimoniale nell'esperienza giuridica romana.

Ma procediamo con ordine e riportiamo i passaggi essenziali del suo lavoro.

Nel saggio Marchi ricorda le varie posizioni dottrinali sull'argomento⁴⁷ menzionando sia le tesi di coloro che sostenevano

⁴⁶ A. MARCHI, *Il risarcimento del danno morale secondo il diritto romano*, in *Bullettino dell'Istituto di diritto romano* 16, 1904, 206 ss.

⁴⁷ Per la tesi contraria al risarcimento dei danni morali si veda U. DONELLO, *Opera omnia*, IX, Lucae 1766, 815 ss (cap. 3). Per quella favorevole F.K. VON SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, 5, Berlin 1841, 466 = *Sistema del diritto romano attuale*, 5, Torino 1893, 523 s. (app. XIII) e R. VON JHERING, *Ein Rechtsgutachten, betreffend die Gäubahn*, in *Jherings Jahrbücher* 18 (1880) 1 ss., il quale affermò che la condanna pecuniaria in diritto romano aveva non solo la funzione

che il diritto romano nella stima del danno escludeva del tutto l'interesse d'affezione (accordando il risarcimento solo ai pregiudizi di indole patrimoniale) e sia le tesi di coloro che nei giudizi di buona fede ammettevano un risarcimento accordato dal giudice.

In particolare, Marchi si sofferma sulle posizioni di Jhering e Windscheid notando come questi studiosi siano andati anche più oltre: soprattutto Jhering in un famosissimo parere riassunto e tradotto da Scialoja (del quale daremo conto più avanti nel paragrafo 2.4) addusse tutta una serie di testi per dimostrare che la condanna pecuniaria ebbe in diritto romano non solo la funzione di pena e di equivalente ma anche quella di soddisfazione, che il giudice romano nella vera *rei aestimatio* valutava *affectus*, *verecundia*, *pietas*, *incommoditas* etc etc e che la famosa espressione *id quod interest* non significò il solo interesse pecuniario ma qualunque interesse tutelato dal diritto e che la funzione di soddisfazione del denaro non fu limitata ai delitti ma ebbe luogo anche nei contratti.

Nel prosieguo dell'articolo e prima di dedicarsi all'esame delle principali testimonianze, Marchi richiama l'attenzione sulla necessità di analizzare le singole azioni con riferimento al tipo di *condemnatio* della formula, ai fini dell'individuazione dei criteri seguiti nel determinare la condanna, sottolineando come la teoria

di pena ma anche quella satisfattoria poichè il giudice nella sua valutazione teneva conto dell'*affectus*, della *verecundia*, della *pietas*, ecc.

del risarcimento del danno nella storia giuridica romana, dimostri <<alcune incertezze e principii non sempre uniformi e costanti>>⁴⁸.

Tralasciando il dettaglio dell'esame posto in essere da Marchi, (perché allargherebbe troppo la maglia della mia indagine), sulle *actiones in bonum et aequum conceptae*, (come ad esempio l'*actio iniuriarum*, l'*actio sepulchri violati*, l'*actio de effusis et deiectis*), è importante riportarne la sua conclusione e cioè che la stima dei danni di natura non patrimoniale è fatta da un punto di vista soltanto penale⁴⁹.

Successivamente, l'autore passa in rassegna le azioni con le formule con la *condemnatio* al "*quanti ea res est*"(azioni rei persecutorie, penali, civili, pretorie ed interdetti) e conclude che in questi casi la stima avviene sempre da un <<punto di vista esclusivamente patrimoniale>>⁵⁰.

Marchi, inoltre, prosegue con l'analisi delle azioni con le formule in cui la *condemnatio* è indicata con le parole "*eius condemna*" e per quanto riguarda le azioni di buona fede, ricorda alcuni testi nei quali sembra sia preso in considerazione un interesse morale ad agire anche se sottolinea che <<queste

⁴⁸ Così A. MARCHI, *Il risarcimento del danno morale secondo il diritto romano*, cit. 212.

⁴⁹ A. MARCHI, *Il risarcimento del danno morale secondo il diritto romano*, cit. 225.

⁵⁰ A. MARCHI, *Il risarcimento del danno morale secondo il diritto romano*, cit. 243.

testimonianze per quanto autorevoli non valgono a far ritenere che nel diritto giustiniano valesse come principio generale che nei giudizi di buona fede dovesse risarcirsi l'interesse d'affezione>>⁵¹

In particolare l'autore si sofferma su tre casi. Il primo è quello riportato in D. 17.1.54 pr⁵², e che riguarda l'ipotesi del padrone di un servo che può agire, *affectus ratione*, contro il terzo inadempiente che aveva ricevuto mandato dal servo per essere comprato e manomesso.

La seconda fattispecie è quella trattata in D. 27.3.1.2⁵³ e si riferisce al pupillo che agisce contro il tutore che abbia ommesso di prestare con il patrimonio del pupillo stesso gli alimenti dovuti ai parenti più stretti.

Il terzo caso è citato in D. 21.2.71⁵⁴, e concerne il caso del *pater familias* che può agire contro il venditore di un fondo, da lui acquistato per la dote della figlia, nell'ipotesi in cui si sia verificata l'evizione del fondo durante il matrimonio.

Secondo Marchi, tuttavia, queste tre testimonianze sono da reputarsi interpolate dai compilatori giustiniane e, inoltre, in tali testi l'azione è concessa per riconoscere, in maniera indiretta, efficacia ed obblighi che altrimenti, secondo il diritto, sarebbero

⁵¹ A. MARCHI, *Il risarcimento del danno morale secondo il diritto romano*, cit. 280.

⁵² Sul passo ci soffermeremo dettagliatamente nel terzo capitolo della presente dissertazione.

⁵³ Anche per questo frammento rinvio al mio terzo capitolo.

⁵⁴ Vedasi sempre il mio terzo capitolo.

inefficaci.

L'autore, pertanto, ricorda che anche nei giudizi di buona fede la regola è quella della patrimonialità e che solo <<in casi eccezionali il *favor libertatis*, il *favor dotis* e il riconoscimento del vincolo di sangue permettono nel diritto giustiniano l'applicazione d'un diverso principio; ma nessuno può dire quale esso sia e meno ancora che si tratti di risarcimento del danno morale>>.⁵⁵

Infine nella conclusione del lavoro l'autore esprime il suo pensiero ribadendo come, a suo avviso, il risarcimento in diritto romano è in modo rigoroso limitato al danno patrimoniale. In particolare Marchi nega il risarcimento del danno morale basandosi sulla distinzione tra pena e risarcimento con la convinzione della possibilità di riferimento di quest'ultima categoria solo al danno patrimoniale.

Nonostante torneremo sul punto nel capitolo terzo (di questa tesi) dedicato all'esame dei frammenti ritenuti rilevanti ai fini della nostra indagine, occorre far subito riflettere il lettore sulla considerazione che Marchi giunge alla sua teoria del diniego del risarcimento del danno morale, nonostante utilizzi dei passi che nell'ambito dei giudizi di buona fede sembrano indubbiamente riconoscere agli interessi non patrimoniali la capacità di produrre dei danni anch'essi non patrimoniali idonei ad essere risarciti. Tale

⁵⁵ A. MARCHI, *Il risarcimento del danno morale secondo il diritto romano*, cit. 281.

conclusione metodologica si verifica, tuttavia, perché alla fine l'autore ritiene i passi *de quibus* o interpolati o casi eccezionali che non fanno venir meno, a suo avviso, la regola del solo risarcimento dei danni patrimoniali.

2.4 IL PARERE DI RUDOLPH VON JHERING.

Nel paragrafo precedente dedicato al saggio di Antonio Marchi si è fatto riferimento al brillante parere reso da Rudolph Von Jhering, riassunto e tradotto da Scialoja⁵⁶.

Data l'importanza del suo pensiero nella tematica da me affrontata si ritiene giusto ricordarlo in apposito paragrafo.

E' infatti indiscutibile il ruolo del tutto particolare svolto da Rudolph von Jhering, il quale si occupa diffusamente della rilevanza del danno non patrimoniale in materia contrattuale in un brillante parere fornito in occasione della risoluzione di un caso pratico che coinvolgeva la *Centralbahngesellschaft*, una società ferroviaria svizzera la quale, dopo aver assunto impegni contrattuali con un comitato costituito per promuovere la costruzione di linee ferroviarie, non aveva adempiuto ai propri obblighi⁵⁷.

⁵⁶ V. SCIALOJA, *Sunti di scritti giuridici tedeschi*, in AG, XXV, 1880, 457 ss.

⁵⁷ R. VON JHERING, *Ein Rechtsgutachten, betreffend die Gäubahn*, in <<Jherings Jahrbücher>>, XVIII, 1880, 1 ss. Per un commento al parere di Jhering si

A riguardo i difensori della società ferroviaria sostenevano che il comitato non poteva pretendere alcunché, perché privo di un interesse patrimoniale alla realizzazione delle linee ferroviarie che, una volta costruite, sarebbero state di proprietà della società.

Accettando tale ricostruzione, quindi, è importante notare come l'interesse del comitato si sarebbe pertanto configurato quale puro interesse morale, come tale insufficiente a fondare una corrispondente obbligazione⁵⁸.

Contro questa linea difensiva prende posizione Jhering⁵⁹, il quale rifiuta la teoria della necessaria pecuniarietà delle obbligazioni.

L'autore, di conseguenza, proponendo una lunga serie di esempi dimostra come sarebbe iniquo negare la nascita di una obbligazione soltanto perché l'oggetto della prestazione non ha valore patrimoniale⁶⁰.

Jhering riesce, pertanto, ad evidenziare come in tutti i casi da lui ricordati il giudice ha la facoltà di fissare una condanna pecuniaria che serve a controbilanciare l'interesse non economico violato.

Degno di nota è che, per sostenere questo risultato,

rinvia a G. PACCHIONI, *Appendice. I. La peculiarità dell'interesse nelle obbligazioni*, in Fr. K. Von SAVIGNY, *Le obbligazioni*, II, Torino, 1915, 307 ss.

⁵⁸ JHERING, *Ein Rechtsgutachten, betreffend die Gäubahn*, cit., 37.

⁵⁹ JHERING, *Ein Rechtsgutachten, betreffend die Gäubahn*, cit., 38 ss.

⁶⁰ JHERING, *Ein Rechtsgutachten, betreffend die Gäubahn*, cit., 43 ss.

l'autore⁶¹ trae spunto proprio dal diritto romano, proponendo una nutrita casistica nella quale evidenzia l'ampiezza della nozione romana di interesse⁶².

Ed è proprio grazie al ricorso alla nozione romana di interesse che Jhering, come anche Windscheid, finiscono per ritenere il danno non patrimoniale degno di tutela.

2.5 IL CONCETTO DI DANNO ED 'ID QUOD INTEREST' NELL'OPERA DI MOMMSEN E NEL SISTEMA GIURIDICO ROMANO.

Si ritiene corretto concordare con coloro che⁶³ considerano il punto di partenza di ogni discorso sulla nozione di danno coincidente ancora con la definizione pandettistica, formulata nel 1855 da Friedrich Mommsen⁶⁴.

In questa sede tale precisazione è notevolmente

⁶¹ JHERING, *Ein Rechtsgutachten, betreffend die Gäubahn*, cit., 51 ss.

⁶² E' proprio da questa casistica che prende le mosse il Pernice (Labeo, III. cit., 172 ss. Anche per questo autore si veda la sintesi critica del suo contributo in PACCHIONI, Appendice, I, cit., 327 ss.) con l'intento di evitare le confusioni e superare gli equivoci nei quali, a suo dire, Jhering sarebbe incappato.

⁶³ In tale direzione, assieme a buona parte della dottrina europea, anche C.A. CANNATA, *L'inadempimento delle obbligazioni*, in *Il Giurista Europeo*, collana diretta da L. Garofalo e M. Talamanca, Cedam, 2008, 14 ss.

⁶⁴ FR. MOMMSEN, *Zur Lehre von dem Interesse (Beiträge zum Obligationenrecht II)*, Braunschweig, 1855, 3.

importante⁶⁵, poiché la definizione dello studioso non aveva per oggetto la nozione di danno, ma quella di interesse, che il medesimo ravvisava nella fonti romane nell'espressione *id quod interest*⁶⁶, formula con la quale quei giuristi descrivevano la misura della somma alla quale il convenuto, che dovesse rispondere di un danno cagionato, sarebbe stato condannato in un'azione nella quale tale misura doveva corrispondere al valore dell'interesse dell'attore a che il danno non gli fosse toccato.

In particolare Mommsen, partendo da una particolare interpretazione dell'*id quod interest*, giunse ad individuare il danno risarcibile con il danno patrimoniale differenziale e cioè con la differenza fra la situazione patrimoniale complessiva del danneggiato a seguito dell'illecito ('sottraendo') e la situazione patrimoniale che si sarebbe determinata in mancanza dell'illecito stesso ('minuendo').

In altri termini, il danno risarcibile consisterebbe nella

⁶⁵ Per una esaustiva ricostruzione dell'argomento si segnala: F. PROCCHI, *Dall'id quod interest alla costruzione della cd. "Differenzhypothese" ad opera di Friedrich Mommsen* tratto da "Actio in rem" e "actio in personam" in ricordo di Mario Talamanca, in *L'arte del diritto*, collana diretta da Luigi Garofalo, Cedam 2011, 481 ss.

⁶⁶ Occorre ricordare che sulla determinazione dell'*id quod interest*, soprattutto con riferimento alle azioni contrattuali derivanti dalla compravendita, non c'è tra gli studiosi una visione unanime. Sulla tematica e in particolare sulle problematiche relative alla distinzione tra interesse positivo (quello al corretto adempimento) ed interesse negativo (al non aver concluso il contratto) si veda R. VON JHERING, *Culpa in contraendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelante Verträgen*, in *Jahrbücher für die Dgmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, IV, 1860, 16 ss che nella versione italiana è: *Della culpa in contraendo ossia del risarcimento del danno nei contratti nulli o non giunti a perfezione*, traduzione dal tedesco e nota di lettura a cura di Federico Procchi, Napoli 2005, 33 ss; E. BETTI, s.v. *Id quod interest*, in *Novissimo digesto italiano*, VIII, 1962, 133; D. MEDICUS, *Id quod interest*, cit. 128 ss.

differenza tra due stati patrimoniali: quello effettivo, nel quale un soggetto si trova in ragione degli eventi dannosi subiti, e quello fittizio, da accertare mediante l'ipotetica rimozione degli effetti patrimonialmente negativi di tali eventi.

E' di tutta evidenza che si tratta di una definizione del danno in quanto entità da risarcirsi, e da risarcirsi secondo il criterio che dal diritto romano, dove era proprio in particolare delle azioni contrattuali di buona fede, *dell'actio incerti ex stipulatu* e dell'azione aquiliana, è passato ai diritti moderni⁶⁷. La definizione citata di danno-interesse è anche nota come enunciato di una <<dottrina della differenza>>, dove il vocabolo <<differenza>> (*'Differenz'*) è impiegato nella sua accezione aritmetica⁶⁸.

E' da sottolineare che questa formula ebbe un fortissimo impatto sulla dottrina contemporanea poiché, oltre a risolvere dubbi a lungo trascinati, rispondeva alle richieste di

⁶⁷ Così, C.A. CANNATA, *L'inadempimento delle obbligazioni*, in *Il Giurista Europeo*, collana diretta da L. Garofalo e M. Talamanca, Cedam, 2008, 14 ss.

⁶⁸ Nei secoli scorsi, nell'ambito della dottrina tedesca, è stata proposta la **Differenztheorie**, secondo la quale si ritiene che il danno sia costituito dalla diminuzione patrimoniale risultante in conseguenza dell'illecito subito. Accanto alla teoria che identifica il danno con la *diminuzione del patrimonio* della vittima, che risale a Mommsen, si colloca la teoria che indica nel danno la *modificazione della realtà materiale*, cioè la soppressione del bene sul quale ha inciso l'evento e infine il danno come dell'interesse protetto.

Il problema centrale resta tuttavia, al di là dei limiti e degli inconvenienti delle varie teorie, quello di determinare il limite entro cui le conseguenze dannose possono avere rilevanza ai fini del risarcimento.

semplificazione e definizione concettuale proprie della Pandettistica.

Occorre ricordare che Mommsen riteneva che la dottrina contemporanea non avesse raggiunto risultati soddisfacenti nell'identificazione dell'interesse risarcibile in quanto, anche quelli che ricostruivano un criterio di calcolo differenziale, formulavano alla fine una regola non condivisibile vale a dire quella di accostare la descrizione dell'evento lesivo alla definizione dei contorni dell'interesse risarcibile. E muovendosi in tale direzione, secondo l'autore, si trascura che è il profilo della possibilità dell'interesse creditorio a rilevare nel diritto delle obbligazioni e non la sua reale consistenza.

Si ritiene corretto rammentare che il saggio di Mommsen è suddiviso in quattro parti: la prima è dedicata alla costruzione del concetto ("*Begriff*") di interesse, la seconda afferisce alla distinzione dei casi in cui il risarcimento deve essere limitato al valore del bene da quelli in cui deve essere computato l'interesse del creditore, la terza delimita l'estensione dello stesso e la quarta detta regole particolari per il caso in cui il danno sia stato cagionato da un comportamento doloso.

Innegabilmente l'intento di Mommsen, che affiora dalla sua opera, è quello di costruire un concetto unitario ed omnicomprensivo di interesse: egli ritiene che, già da un punto di vista etimologico, l'espressione *id quod interest* faccia riferimento ad una comparazione tra due situazioni, la cui differenza non

potrebbe che essere giustificata con ciò che *inter-est* e di conseguenza l'ambito di applicazione della sua teoria resta limitato a beni dotati di un valore patrimoniale dato che l'ammontare dell'interesse dovrebbe essere sempre stimato in denaro e solo quando una tale stima non fosse possibile si potrebbe dar corso alla "*Naturalrestitution*".

Mommsen precisa, infine, che la nozione di interesse non dovrà mai estendersi fino al punto di contemplare le disposizioni d'animo della persona 'interessata', ossia quello che viene definito "*Affectionswerth*" (valore d'affezione).

In conclusione, l'irrisarcibilità dei danni non patrimoniali di origine contrattuale è stata a lungo e fortemente sostenuta proprio a causa di questo tralaticio accoglimento della teoria della differenza di Mommsen e ciò nonostante, già a partire dalla fine del XIX, secolo si fosse fatta strada nella romanistica una corrente di pensiero che riconosceva l'esperibilità di talune azioni *ex contractu* giustificate da sentimenti quali la compassione, l'affezione ovvero la benevolenza. In particolare mi riferisco al lavoro di Jhering, ricordato nel precedente paragrafo⁶⁹: non è privo di rilievo, infatti, che solo tre anni prima della pubblicazione del saggio di Mommsen, Rudolf von Jhering aveva stampato la prima edizione del primo volume del suo "*Geist*" che inaugurerà il programma di una nuova metodologia definito "*naturhistorische Methode*".

⁶⁹ Si rinvia al paragrafo 2.4.

Passando adesso ad analizzare il concetto di danno, possiamo notare come la parola *damnum* nelle testimonianze pervenuteci non ha sempre lo stesso valore semantico. A riguardo autorevole dottrina⁷⁰ ha sottolineato che tale termine <<assume nelle fonti giuridiche romane una gran quantità di specificazioni, è collegato a molti sinonimi e contrari e, come accade di molti termini relativi a concetti fondamentali del diritto, non sempre esprime perfettamente le varie possibilità concettuali>>.

Non di minore importanza è, inoltre, la precisazione di Lucio Bove, il quale, avverte che <<il termine *damnum* ha assunto vari significati nel corso della storia giuridica romana e nel linguaggio corrente: si spiegano così anche le numerose etimologie che sono state avanzate dai moderni e che in genere lo riconducono a radici che indicherebbero perdite, distruzione o violazioni>>⁷¹.

E' da notare che nei testi romani il danno non viene indicato solo con il vocabolo *damnum* ma anche con altre espressioni quali ad esempio *noxia*, *iactura*, *detrimentum*, *incommodum*⁷² e un simile

⁷⁰ Così G. CRIFO', s.v. *Danno (storia)*, in *Enciclopedia del diritto* 11, 1962, 617. Si veda anche L. BOVE, s.v. *Danno (diritto romano)*, in *Novissimo digesto italiano* 5 (1960) 143ss.

⁷¹ L. BOVE, s.v. *Danno (diritto romano)*, cit. 143.

⁷² Sulle diverse accezioni di *damnum* nelle fonti giuridiche romane cfr. H.E. DIRKSEN, s.v. *Damnum*, in *Manuale latinitatis fontium iuris Romanorum*, 1837, 241 ss.

Per una vasta rassegna dei dati etimologici relativi all'espressione *damnare*, con particolare riguardo al processo privato romano, si veda E. BETTI, *L'antitesi storica tra iudicare (pronuntiatio) e damnare (condemnatio) nello svolgimento del processo romano (con un tentativo di ricostruzione delle formulae delle actiones ex delicto)*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche* 56 (1915), 3 ss.

Sulle problematiche relative alla nozione giuridica di danno nel diritto vigente italiano si veda C. SALVI, s.v. *Danno*, in *Digesto delle discipline privatistiche. Sez. Civ.*

ragionamento concerne, altresì, il termine risarcimento indicato anche con *satisfactio* o *indemnitas*⁷³.

Nonostante le numerose etimologie, possiamo riconoscere che le moderne definizioni del danno si possono dividere in due gruppi: quelle che tentano di individuare il tipo di conseguenze pregiudizievoli che si assumono rilevanti, e quelle che si concentrano sul contrasto dell'accadimento con regole o principi posti a protezione dell'interesse leso. Innegabilmente tali due prospettive si devono integrare a vicenda al fine di apparire complete. Il mero pregiudizio non è, infatti, idoneo ad attivare da solo alcuna forma di reazione dell'ordinamento, poiché questa interviene soltanto a seguito della formulazione di un giudizio di disvalore circa l'accadimento dannoso.

E' importante far notare, tuttavia che, il danno non può neppure essere identificato con la lesione della sfera giuridica altrui, poiché la tutela risarcitoria viene concessa esclusivamente quando il fatto lesivo risulti produttivo di un danno concretamente riscontrabile⁷⁴.

5, 1989, 63 ss il quale avverte che <<la nozione giuridica di "danno" va individuata in stretta connessione con quella di "risarcimento". Il danno è infatti il fenomeno, nei confronti del quale l'ordinamento appresta quel peculiare rimedio che è il diritto del danneggiato al risarcimento. Il problema normativo, che le esperienze giuridiche affrontano e variamente risolvono in questa materia, è appunto quello della individuazione del tipo di accadimenti suscettibili di riparazione risarcitoria: problema che è unitario, sia che lo si consideri sul versante della fattispecie che attiva la tutela (il danno) che su quello del rimedio (il risarcimento)>>.

⁷³ Sul punto H.E. DIRKSEN, s.v. *Indemnitas*, in *Manuale latinitatis fontium iuris civilis Romanorum*, cit. 456.

⁷⁴ C. SALVI, *Danno*, in *Digesto delle Discipline Privaticistiche-Sezione Civile*, Torino 1989, V,64.

Nel linguaggio dei Romani, l'espressione *damnum* ha avuto riferimento non alla generica lesione dei diritti ma solo a quella delle situazioni suscettibili di valutazione patrimoniale⁷⁵, anche per il suo probabile collegamento con l'idea di "perdita" derivante da distruzione⁷⁶.

Occorre, altresì, aggiungere che l'espressione *damnum* ha convissuto, nel linguaggio giuridico più antico, con altre espressioni allusive a fatti nei quali della perdita subita si volevano sottolineare anche circostanze legate al suo effetto materiale o alla sua causa.

E' da ricordare, infatti, che si faceva riferimento al termine *pauperies* per indicare la "perdita" scaturita dall'attività di un animale altrui, a *noxia* per enfatizzare che il pregiudizio era la conseguenza di un comportamento ed a *rupitiae* per indicare la perdita legata alla distruzione fisica di un oggetto.

Possiamo, dunque, osservare che già nel linguaggio delle XII tavole l'espressione "*damnum*" si è separata dal suo etimo e si avvia ad esprimere un concetto più ampio capace di assorbire gli altri e ormai vicino a quello che sarebbe poi stato espresso da Paolo:

⁷⁵ Non può avere rilievo, in contrario, il fatto che da un certo momento in avanti tutte le pretese che trovavano sanzione in un'azione privata sfociavano in una "condemnatio" poiché il motivo per il quale anche il responsabile della lesione di un diritto personale si diceva subire una "condanna" era perché egli subiva appunto un fatto che lo esponeva ad una diminuzione patrimoniale: il pagamento al vincitore della somma stabilita (sia che essa avesse carattere di risarcimento sia che lo avesse invece si pena).

⁷⁶ Si rinvia a G. VALDITARA, *Sulle origini del concetto di damnum*, Torino, 1998, 22 ss.

D. 39.2.3. Paul. 47 ad ed.: Damnum et damnatio ad ademptionem et quasi deminutionem patrimonii dicta sunt.

Occorre notare, infine, che in almeno due disposizioni decemvirali, l'espressione *damnum*, anche se non appare un evento unitariamente disciplinato, ricorre nel senso di "perdita patrimoniale" con una considerazione giuridica piuttosto complessa e articolata:

XII Tav. 8.16: si adorat furto, quod nec manifestum erit, [duplione damnum decidito].

XII Tav. 12.3: si vindiciam falsam tulit, si veliti is ...tor arbitros tris dato, eorum arbitrio ... fructus, duplione damnum decidito.

E' altresì da rilevare il probabile collegamento, già nell'età decemvirale, tra il "*damnum*" (nel suo generico significato di lesione patrimoniale) ed il dovere di chi lo abbia provocato di sopportarne le conseguenze.

Si può, tuttavia, concludere che il solo punto di partenza possibile a causa della documentazione (tra l'altro sparsa e frammentaria) a noi pervenuta è la concreta disciplina del *damnum* nel codice decemvirale, dove sebbene all'interno di una impostazione normativa "casistica" si intravede una prospettiva di

sistema⁷⁷.

Innegabilmente i principi base che si notano ed intrecciano sono due: la natura del diritto leso (e la lesione della 'appartenenza' si profila come un fatto meritevole di più generale considerazione dell''inadempimento' di una obbligazione) e la reversibilità o meno della lesione economica prodotta. Sottrazione ed inadempimento, tuttavia, non ricevono il medesimo trattamento processuale.

La pretesa alla restituzione della cosa si persegue attraverso la *legis actio sacramento in rem*, mentre le pretese da inadempimento si fanno valere attraverso la *legis actio sacramento in personam* ed è lapalissiano che la procedura *in rem* appaia per l'attore più favorevole di quella *in personam* e che, da parte dell'ordinamento del tempo, la perdita di una cosa 'propria' era valutata come foriera di un pregiudizio per l'interessato meritevole di distinta considerazione da quella che derivasse a lui dalla lesione di una pretesa obbligatoria.

Di conseguenza è inconfutabile che la tutela del danno derivante dalla lesione dell'appartenenza è già una tutela per vari aspetti più intensa di quella del danno che consegue dalla lesione di una aspettativa obbligatoria.

⁷⁷ In questo senso A. CORBINI, *Danno, lesioni patrimoniali e lex Aquilia nell'esperienza romana*, in *Philia*, Scritti per G. Franciosi, a cura di F. M. D'IPPOLITO, Napoli 2007, 609 ss.

CAPITOLO III

ANALISI ESEGETICA E RELATIVI PROFILI CRITICI DELLE TESTIMONIANZE DEI GIURISTI ROMANI

SOMMARIO: 3.1 Premessa 3.2 D.17.1.54 pr: l'ipotesi del dominus che *affectus ratione* esercita l'*actio mandati* 3.3 D. 18.7.6 e d. 18.7.7.: gli interessi non patrimoniali in un contratto di compravendita avente ad oggetto una schiava 3.4 D. 18.7.7: l'ipotesi dell'*affectio* del venditore 3.5 D. 18.7.6.pr: pudicizia *affectio* e *verecundia* 3.6 D.21.2.71: il caso del pater che nell'ipotesi di evizione del fondo dotale, agisce in base all'*affectio paterna* 3.7 D.27.3.1.2: l'*actio tutelae* contro il tutore che non ha prestato gli alimenti alla madre o alla sorella del pupillo che non sono in grado di mantenersi diversamente 3.8 D.16.3.1.38: in tema di deposito l'ipotesi del soggetto, presso il quale erano state depositate le tavole testamentarie, che le ha lette alla presenza di più persone

3.1 PREMESSA.

Nonostante, come abbiamo ricordato nel capitolo precedente, non mancano coloro che sostengono come nel sistema giuridico romano non esista un principio generale della risarcibilità dei danni non patrimoniali in senso moderno dato che

notano come è diversa nel diritto romano e nel diritto attuale la griglia concettuale entro la quale sono collocati i valori non patrimoniali della persona⁷⁸, dall'analisi delle testimonianze dei giuristi romani che prenderemo in esame in questa terza parte, noteremo con estrema chiarezza che questo non significa affatto che in tale ordinamento non si riconosca mai una tutela degli interessi non patrimoniali. E la ragione di una tale conclusione, alla quale la scrivente aderisce, risiederebbe nel presupposto che più che di valori moderni occorrerebbe parlare di valori immutabili.

D'altro canto qualche studioso ha sostenuto con certezza che, in base ad alcune testimonianze giuridiche romane, gli interessi non patrimoniali, idonei a concretizzarsi in danni non patrimoniali con il relativo risarcimento, affiorano solo nell'età giustinianea⁷⁹.

A mio avviso è, però, impensabile che, nell'età di Giustiniano si sia improvvisamente introdotto un principio nuovo e dirompente come quello appena esposto.

Al contrario, ritengo più verosimilmente, con molta cautela, supporre che il riconoscimento, in determinati casi, di questo principio sia stato un fenomeno lento e graduale che ha avuto

⁷⁸ Così M.F. CURSI, *Il danno non patrimoniale e i limiti storico-sistematici dell'art. 2059 c.c.*, in *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato. Obbligazioni e diritti reali*, Napoli 2003, 103ss

⁷⁹ Si vedano U. RATTI, *Il risarcimento del danno nel diritto giustiniano* cit. 169 ss; F.M. DE ROBERTIS, *Sulla risarcibilità del danno morale nel diritto giustiniano*, cit. 503 ss.

origine già nel principato durante il quale vi sono alcuni prodromi di un processo evolutivo che diventerà più chiaro nell'età di Giustiniano.

Come si è probabilmente compreso, il discorso è molto complesso e inoltre deve essere condotto basandoci su delle testimonianze inevitabilmente frammentarie ma, nelle cui pieghe, è possibile intravedere con verosimiglianza alcune forme di tutela di interessi non patrimoniali.

In altri termini, l'indagine che ci si appresta ad affrontare in tale capitolo dedicato all'esame delle fonti nelle quali traspare la disponibilità dei giuristi a fornire soluzioni giustificate sulla base di valori non patrimoniali, è posta in essere con l'esclusiva intenzione di ispezionare alcuni tra i profili dell'esperienza giuridica romana tramandataci dai frammenti.

Più precisamente, si procederà alla ricerca di episodi afferenti a casi di responsabilità contrattuale che nascono dall'inadempimento di obbligazioni anche di fonte diversa dal contratto, in cui sono coinvolti interessi non patrimoniali ritenuti meritevoli di tutela ed idonei a cagionare un danno non patrimoniale.

Non appare superfluo ribadire in tale sede che, l'analisi è inevitabilmente settoriale e frammentaria poiché afferisce solo ad alcuni passi che sottolineano nelle soluzioni prospettate dai giuristi romani l'attenzione verso interessi non patrimoniali.

A riguardo la natura casistica del sistema e il dubbio

ricorrente di interpolazioni minori o maggiori dovuti anche all'influenza cristiana rendono ancora più difficile la costruzione di architetture generali e di teorie che aspirino a fornire un'immagine unitaria del sistema o la formulazione di una teoria generale afferente alla rilevanza giuridica di valori non patrimoniali.

Nonostante tali limiti, tuttavia, ci dedicheremo all'analisi di alcuni frammenti ritenuti dalla dottrina particolarmente significativi e, a giudizio della scrivente, particolarmente importanti al fine di ravvisare alcune regole e principi generali che attraversano il sistema giuridico romano.

Come si è già più volte ricordato, il settore di studio affrontato afferisce alla categoria del danno non patrimoniale limitato all'ambito contrattuale e più in generale alla materia di obbligazioni che è quello che subisce colui che vede disatteso un proprio interesse morale⁸⁰ e menziona in quali casi e in quali condizioni sia stato considerato risarcibile nel sistema del diritto romano.

Giova far riflettere il lettore sulla circostanza che nelle ipotesi di responsabilità contrattuale la problematica del danno non patrimoniale si pone in un'ottica diversa poiché in questo ambito non c'è un'azione specificatamente concessa per il caso di offese a valori non patrimoniali ma c'è un'azione concessa per la tutela

⁸⁰ Sul punto A. SICARI, *Danno non patrimoniale e legittimazione ad agire*, in *Parti e giudici nel processo. Dai diritti antichi all'attualità*, a cura di C. Cascione, E. Germino, C. Masi Doria, Napoli 2006, 251.

dell'interesse creditorio all'adempimento. Di conseguenza è compito del giudice indicare se e come un interesse non patrimoniale sia rilevante, vale a dire se esso consenta di accordare l'azione.

Tenendo conto delle considerazioni appena esposte, è di tutta evidenza che solo se la questione si risolve in maniera affermativa, riconoscendo cioè la spettanza dell'azione, nasce il susseguente problema della condanna che è quello di determinare il valore del pregiudizio arrecato all'interesse non patrimoniale dell'attore.

Il problema della quantificazione del danno non patrimoniale è di conseguenza un'eventualità, perché non sempre, nonostante la concessione di un'azione diretta a soddisfare interessi non patrimoniali, si otterrà una determinazione equitativa dell'ammontare del pregiudizio.

3.2 D.17.1.54 PR: L'IPOTESI DEL DOMINUS CHE AFFECTUS RATIONE ESERCITA L'ACTIO MANDATI.

La prima testimonianza sulla quale si ritiene necessario soffermarsi al fine di dimostrare come nel diritto romano un interesse non patrimoniale (nel caso specifico l'*affectus*) venga preso in considerazione in ambito contrattuale e possa essere

stimato all'interno di un giudizio di buona fede, è un passo di Papiniano in tema di mandato tratto dal ventisettesimo libro delle *quaestiones*.

Se ne riporta il testo:

Pap. 27 quaest. D. 17.1.54 pr.: *Cum servus extero se mandat emendum, nullum mandatum est. Sed si in hoc mandatum intercessit ut servus manumitteretur nec manumiserit, et pretium consequetur dominus ut venditor et affectus ratione mandati agetur: finge filium naturalem vel fratrem esse (<placuit enim prudentioribus affectus rationem in bonae fidei iudiciis habendam>). Quod si de suis nummis emptor pretium dederit (neque enim aliter iudicio venditi liberari potest), quaeri solet, an utiliter de peculio agere possit. Et verius et utilius videtur praetorem de huiusmodi contractibus servorum non cogitasse, quo se ipsi mala ratione dominis auferrent⁸¹.*

⁸¹ Sul passo si vedano: A. MARCHI, *Il risarcimento del danno morale secondo il diritto romano* cit. 261; U. RATTI, *Il risarcimento del danno nel diritto giustiniano* cit. 186 ss; E. BETTI, *Istituzioni di diritto romano*, 2.1, Padova 1960, 64; F.M. DE ROBERTIS, *Sulla risarcibilità del danno morale nel diritto giustiniano* cit. 506 ss; D. MEDICUS, *Id quod interest. Studien zum römischen Recht des Schadensersatzes*, Köln-Graz, 1962, 191; G. GROSSO, *Corso di diritto romano. Oggetto dell'obbligazione. Obbligazioni alternative e generiche*, Torino 1940, 241, 153 ss; H. HONSELL, 'Quod interest' im 'bonae-fidei-iudicium'. *Studien zum römischen Schadensersatzrecht*, München 1969, 153 ss; P. VOCI, *Le obbligazioni romane (Corso di pandette). Il contenuto dell'obbligatio*, Milano 1969, 262 ss; A. SICARI, *Leges venditionis. Uno studio nel pensiero giuridico di Papiniano*, Bari, 1996, 348 ss; P. ZILIOTTO, *Sulla non patrimonialità del danno e dell'interesse nel diritto romano, Classica Philosophica et Iuridica*, Alessandria 2012, 31 ss; D.A. CENTOLA, *Le sofferenze morali nella visione giuridica romana*, Napoli 2011, 167 ss; R. KNÜTEL, *Das Mandat zum Freikauf*, in D. NÖRR - S. NISHIMURA, *Mandatum und Verwandtes. Beiträge zum römischen und modern Recht*, Berlin - Heidelberg - New York - London - Paris - Tokyo - Hong Kong - Barcelona - Budapest, 1993, 363 ss.; A. PERNICE, *Labeo, Römisches Privatrecht im ersten Jahrhundert der Kaiserzeit, III.1, Halle, 1892., 185 s.*; C. FERRINI, *Manuale di*

Nel passo si prospetta il caso di uno schiavo che ha dato mandato ad un terzo di farsi comprare per poi farsi manomettere e si afferma che, in caso di mancata manomissione, il *dominus* potrà agire *affectus ratione* con l'azione di mandato (che è un'azione di buona fede), se, per esempio, lo schiavo è un suo figlio naturale o suo fratello. In particolare si sostiene che quando un servo dà mandato ad un terzo affinché lo compri dal padrone, il mandato è nullo senza però specificarne la ragione.

Alla stessa fattispecie trattata da Papiniano in D.17.1.54 pr pare si ispiri anche una costituzione di Diocleziano e Massimiano riportata in C. 4.36.1⁸² grazie alla quale, secondo l'opinione di Pasquale Voci⁸³ si può individuare il motivo di tale nullità: un

Pandette, Milano 1953,, 411, nt. 3; P. BONFANTE, *Corso di diritto Romano. IV. Le obbligazioni*, Milano 1979, 74; E. ALBERTARIO, *Ancora sulla pecuniarietà dell'interesse nelle obbligazioni*, in *Foro it.* 1936, IV, 252 ora in *Studi di diritto romano*, VI, Milano 1953, 241 ss; M. KASER, *Das Römische Privatrecht*, I, München, 1955, 412, nt. 25 e II, München, 1959, 247, nt. 16; H. LANGE, *Die Verarbeitung klassischer und nachklassischer Lehren in der mittelalterlichen Rechtswissenschaft*, in *ZSS*, LXXII, 1955, 233; G. BESELER, *Romanistische Studien*, in *Studi in onore di S. Riccobono*, I, Palermo, 1936, 304.

⁸² Cfr C.I. 4.36.1 Impp. Diocletianus et Maximianus AA. Et CC. Aureliae Dionysiae (a. 293): *Si extero servus se mandaverit emendum, quamvis nec ex persona servi (quia hoc liber mandare non potest) nec ex domini (quoniam qui mandat, ut a se res comparetur, inutiliter mandat) consistere credebatur actio, tamen optima ratione, quia non id agitur, ut ex ipso mandato, sed propter mandatum ex alio contractu nascatur actio, domino quaeri placuit obligationem.*

1. *Si itaque domino ignorante emi te mandasti ac te nummos subministrante peculiares soluti sunt, emptori minime liberatio per huiusmodi factum potuit pervenire. Nec tamen si tradita nec manumissa es, etiam mandati de ancilla et empti de pretio consequendo tam contrarias actiones ei exercere concedi placuit.*

2. *Sane in illius arbitrio relictum est, utrumne mancipium an pretium consequi velit, cum ex peculio quod eius fuit solutio celebrata obligationis vinculo emptorem liberare non potuit.*

⁸³ L'autore nella sua opera intitolata, *Le obbligazioni romane (Corso di pandette)*. Il contenuto dell'*obligatio*, cit. 26 ss ritiene che la *quaestio* papiniana di D. 17.1.54 pr e la legge del Codice 4.36.1 si integrano a vicenda e che il passo papiniano,

simile mandato non potrebbe fondare azione né per lo schiavo, a causa della sua condizione, né per il padrone *quoniam qui mandat, ut a se res comparetur, inutiliter mandat*.

Voci, inoltre, afferma che sia nella *quaestio* papiniana che nella costituzione di Diocleziano⁸⁴, in una sola ipotesi il mandato di compera deve essere considerato valido e cioè quando è concluso con lo scopo di ottenere la manomissione dello schiavo.

Si afferma ulteriormente nel testo, inoltre, che qualora lo schiavo non sia affrancato, il *dominus* può agire come venditore per conseguire il prezzo e, per di più, può esperire, al fine di ottenere l'adempimento dell'impegno assunto dal mandatario, l'azione di mandato, a tutela di un suo interesse affettivo nel caso in cui lo schiavo sia suo figlio o un fratello naturale, dal momento che piacque ai *prudentes* che nei giudizi di buona fede si debba tener conto dell'interesse affettivo.

Il passo non è di facile interpretazione ed in più occasioni ha attirato l'attenzione degli studiosi anche sotto il profilo della sua genuinità⁸⁵.

ritenuto genuino, sia stato drasticamente abbreviato dai Compilatori che ne possedevano il testo originale, al punto da non riuscire ad esporre chiaramente l'intera fattispecie.

⁸⁴ E' da sottolineare che nella costituzione di Diocleziano questo non è affermato.

⁸⁵ Alcuni autori ritengono che si tratti di un passo interamente interpolato: A. MARCHI, *Il risarcimento*, cit. 264 ss; E. ALBERTARIO; *Ancora sulla pecuniarietà dell'interesse nelle obbligazioni*, cit. 252 ss; G. GROSSO; *Corso di diritto romano*, cit. 241; D. MEDICUS, *Id quod interest*, cit. 191ss; M. KASER, *Das Römische Privatrecht*, cit. 412 (ma successivamente in una riedizione della sua opera pubblicata nel 1971 influenzata dal pensiero di HONSELL, pur continuando a ritenere il passo interpolato, riconosce che i classici possono aver riconosciuto alcuni casi eccezionali dove era

Tralasciando l'esame del rapporto tra l'*actio venditi* riconosciuta pure al venditore e l'*actio mandati* e sorvolando sulle considerazioni critiche concernenti la Costituzione di Diocleziano e Massimiano⁸⁶ soffermiamoci sui diversi orientamenti storiografici afferenti alla fattispecie trattata da Papiniano.

Da un lato vi è chi, come Marchi, negando l'esistenza di un principio del risarcimento dei danni morali nella storia giuridica romana, ritiene il passo una testimonianza irrilevante come prova di una risarcibilità di tali danni. Egli, infatti, afferma che in questo caso la concessione dell'azione non avrebbe per scopo la tutela dell'interesse morale dell'attore ma sarebbe da ricondursi ad un *favor libertatis* poichè <<[...] è evidente che lo scopo dell'a. è quello di riconoscere indirettamente efficacia alla convenzione del servo per il proprio riscatto e di costringere il compratore alla manomissione>>⁸⁷.

Nella medesima direzione di Marchi si muove il pensiero di Albertario, secondo il quale D. 17.1.54 pr., insieme ad altri testi di

possibile stimare in denaro un danno non patrimoniale); G. BESELER, *Romanistische Studien*, cit. 304; U. RATTI, *Il risarcimento*, cit. 188 ss.

A favore della genuinità si veda: E. BETTI, *Istituzioni di diritto romano*, 2.1, cit. 64 nt 29; A. SICARI, *Leges venditionis. Uno studio sul pensiero giuridico di Papiniano*, cit. 348 s nt 85; H. Honsell, 'Quod interest' im 'bonae-fidei-iudicium', cit, 62 ss.

⁸⁶ Per un approfondimento delle problematiche lasciate si rinvia alla recentissima monografia di P. ZILLOTTO, *Sulla non patrimonialità del danno e dell'interesse nel diritto romano*, in *Classica Philosophica et Iuridica*, Alessandria 2012, 32 ss. La studiosa, pur salvando il passo di Papiniano dai sospetti di interpolazione, non ritiene che D. 17.1.54 pr debba essere interpretato alla luce della costituzione di Diocleziano e Massimiano.

⁸⁷ A. MARCHI, *Il risarcimento*, cit 267.

Papiniano riguardanti la vendita degli schiavi⁸⁸, è alterato dal portato dell'influenza cristiana, da cui derivano le molteplici norme finalizzate ad alleviare la loro condizione⁸⁹.

Sul versante opposto vi sono coloro, ad esempio Ratti e De Robertis, che ritengono che solo nell'età di Giustiniano affiori la tendenza ad ammettere il risarcimento dei danni morali: costoro sostengono che la *quaestio* papiniana sia interpolata e contenga, pertanto, decisioni ispirate a nuovi orientamenti giustiniane, grazie ai quali è prevista la risarcibilità del danno morale nel senso della soddisfazione del sentimento offeso attraverso il pagamento di una somma di denaro⁹⁰. In particolare specifica Ratti <<l'interesse morale o affettivo è quello che giustifica immediatamente l'azione concessa [...] diretta a risarcire la lesione di un interesse morale>>.

Con riferimento a questi orientamenti tra loro contrastanti si rendono necessarie alcune precisazioni.

Innanzitutto, con riferimento alla tesi di Marchi non credo che l'azione concessa al padrone dello schiavo sia da ricondursi semplicemente ad un *favor libertatis*. Pur volendo ammettere, infatti, la mancanza di un principio generale del risarcimento dei

⁸⁸ Cfr. D. 18.7.6 e D. 18.7.7 sui quali ci soffermeremo nei paragrafi 3.3 e 3.4.

⁸⁹ E. ALBERTARIO., *Ancora sulla pecuniari età dell'interesse nelle obbligazioni*, in *Foro it.*, 1936, IV, 252 ss, ora in *Studi di diritto romano*, VI, Milano 1953, 241 ss.

⁹⁰ Cfr. U. RATTI, *Il risarcimento del danno nel giustiniano*, cit. 186; DE ROBERTIS, *Sulla risarcibilità del danno morale nel diritto giustiniano*, cit. 506 ss.

danni morali, non si può escludere che in D. 17.1.54 pr sia preso in considerazione l'interesse affettivo, dal momento che, invece, secondo quanto si evince dal testo, l'azione è concessa *affectus ratione* e presuppone rapporti affettivi tra il padrone ed il servo.

Appare alla scrivente non discutibile che l'unico interesse che Papiniano vuole proteggere è quello affettivo del *dominus*, che non si pone in alternativa a quello patrimoniale che egli ha come venditore, ma si somma a quello.

Non sembra, altresì, condivisibile la tesi di Albertario poiché se da un lato, è certamente vero che grazie all'influenza cristiana sono scaturite una serie di norme volte a rendere più umana la condizione dello schiavo e a facilitare le manomissioni, dall'altro lato, è altrettanto vero che non tutte le trasformazioni in quest'ambito possono essere ricondotte in modo esclusivo all'influenza del cristianesimo: evidentemente anche altri elementi hanno contribuito in questa direzione (si pensi solo per fare un esempio, all'importante ruolo riconosciuto all'*humanitas* già a partire da Adriano)⁹¹.

Si ritiene in aggiunta da rimarcare che la rilevanza di un interesse affettivo è presa in considerazione anche in contesti diversi da quelli relativi alla condizione degli schiavi e, quindi, non può essere giustificata solo alla luce di un orientamento indirizzato a migliorare la condizione servile.

⁹¹ Per un approfondimento critico sul concetto di *Humanitas*: L. GAROFALO, *L' Humanitas nel pensiero della giurisprudenza classica*, in *Fondamenti e svolgimenti della scienza giuridica*, Padova 2005, 1 ss.

Sul versante opposto, le tesi di Ratti e di Marchi, sebbene abbiano il notevole merito di aver richiamato l'attenzione sull'esistenza del principio del risarcimento dei danni morali nell'esperienza romana, presentano il limite di circoscrivere il discorso esclusivamente all'età di Giustiniano come se in precedenza non sia stata riconosciuta alcuna rilevanza a tali interessi.

A questo proposito, pur concordando con la convinzione che è soprattutto nell'età giustinianea che si sia affermato il principio generale della risarcibilità dei danni morali nei giudizi di buona fede, ritengo sia comunque corretto evidenziare che già nell'età dei Severi è stata prevista in alcuni casi, come ad esempio quello trattato in D. 17.1.54 pr., una tutela degli interessi non patrimoniali.

Ho già precedentemente espresso che la mia opinione è di ritenere impensabile che, nell'età di Giustiniano si sia improvvisamente introdotto un principio nuovo e dirompente come quello della generale risarcibilità dei danni morali. Al contrario, ritengo più verosimile e con molta cautela ipotizzare che il riconoscimento, in determinati casi, di questo principio sia stato un fenomeno lento e graduale che ha avuto origine già nel principato durante il quale si vedono i prodromi di un processo evolutivo che diventerà più chiaro nell'età di Giustiniano.

In merito alla fattispecie di Papiniano, indubbiamente occorre porre l'accento su due aspetti molto significativi e cioè

sulla tutela riconosciuta all'interesse non patrimoniale del dominus e sull'affermazione di carattere generale secondo la quale nei giudizi di buona fede si deve tener conto dell'interesse affettivo.

Per quanto concerne il primo aspetto, che si evince chiaramente dalla frase "*affectus ratione mandati agetur*", occorre enfatizzare l'esplicito riferimento alla rilevanza dell'interesse affettivo poiché è proprio tale interesse che giustifica l'azione del dominus.

L'interesse morale del *dominus*, dettato dal fatto che lo schiavo può essere suo figlio o suo fratello, non solo permette che il padrone acconsenta a questa particolare ipotesi di mandato finalizzato alla manomissione del proprio schiavo, ma è posto addirittura a fondamento dell'*actio mandati* che egli può esercitare al fine di far realizzare l'affrancazione.

Giustamente a riguardo è stato rimarcato che <<il riferimento alla *ratio affectus* diventa la chiave di volta dell'intero ragionamento papiniano, dimostrando come l'angolo visuale da cui Papiniano si pone sia proprio quello affettivo del *dominus*, al quale, non a caso, viene in maniera straordinaria attribuito uno strumento processuale al cui impiego altrimenti non sarebbe stato legittimato>>⁹².

Oltre al resto è, infine, da tener presente che l'*actio mandati* è un'azione di buona fede e che nel giudizio instaurato con tale

⁹² Così A. SICARI, *Leges venditionis. Uno studio sul pensiero giuridico di Papiniano*, cit. 352.

azione l'interesse affettivo può avere una qualche rilevanza anche ai fini della determinazione dell'eventuale somma di danaro stabilita dal giudice a favore del *dominus*. Nell'ipotesi in cui il mandato non sia eseguito, lo schiavo, già consegnato ai fini della manomissione al mandatario, deve essere restituito al padrone, ma, qualora il servo non sia restituito, il giudice, nel determinare la condanna al pagamento di una somma di danaro a carico del mandatario, deve tener conto, con molta probabilità, anche dell'interesse affettivo.

A parere della scrivente dunque è chiaro il rilievo riconosciuto all'interesse affettivo in questa particolare ipotesi di giudizio di buona fede.

Collegato proprio a questa fattispecie è il secondo aspetto importante, relativo a D. 17.1.54 pr., che si desume dalla frase "*placuit enim prudentioribus affectus rationem in bonae fidei iudiciis habendam*"⁹³.

Secondo la mia opinione è corretto sostenere che si tratti di un principio di carattere generale volto a riconoscere la rilevanza dell'*affectus* nei giudizi di buona fede e innegabilmente tale principio, i cui prodromi sono stati con tutta evidenza già presenti all'epoca di Papiniano (anche se la sua applicazione è in età del principato circoscritta probabilmente a pochi casi, tra cui quello appena esaminato), tende ad affermarsi in modo generale

⁹³ La frase è considerata interpolata da PERNICE: l'autore afferma che essa non spiega quanto precede perché una cosa è affermare che il *dominus* può agire di mandato *affectus ratione* e altro è dire che nei giudizi di buona fede *affectus rationem habendam*.

soprattutto nell'età di Giustiniano.

Nel passo di Papiniano, si dice, che nei giudizi di buona fede è consentita la stima dell'affectio: "*placuit enim prudentioribus affectus rationem in bonae fidei iudiciis habendam*": si riconosce pertanto che l'inadempimento del debitore può ledere interessi anche non patrimoniali del creditore.

Dal riconoscimento della rilevanza di tali possibili interessi ne deriva che il principio della buona fede permette al giudice di determinare secondo una propria valutazione equitativa quale sia l'ammontare pecuniario da accordare a fronte della lesione di interessi immateriali con una logica che evidentemente non è più punitiva ma reipersecutoria.

Vorrei altresì aggiungere che ritengo senza dubbio che in base alle testimonianze a noi pervenute, non si può escludere né la genuinità dell'inciso né che quelle parole risalgano davvero a Papiniano⁹⁴: tale punto di vista è suffragato dalla semplice considerazione che sempre nel ventisettesimo libro delle *quaestiones* da cui è tratto D. 17.1.54 pr vi è un altro noto passo di Papiniano D. 18.7.6.pr in tema di *actio venditi* (sul quale ci soffermeremo più avanti) dove si trova un'applicazione pratica dell'inciso *affectus rationem in bonae fidei iudiciis habendam*.

A conclusione delle considerazioni su D. 17.1.54 pr, si ritiene, pertanto, corretto ritenere il testo genuino e risaltare

⁹⁴ In questa direzione anche A. BURDESE, *Sul riconoscimento civile dei c.d. contratti innominati*, in *Iura*, XXXVI, 1985, 48 ss; ID., *In margine ai contratti innominati*, in *BIDR*, LXXXVIII, 1985, 404.

l'importanza riconosciuta agli interessi affettivi nell'età dei Severi⁹⁵ e a conferma della rilevanza della *affectus* in questa epoca è opportuno ricordare altre testimonianze anche dello stesso Papiniano, nelle quali, seppur in un contesto diverso viene riconosciuto rilievo all'interesse affettivo, o meglio non patrimoniale, di una delle parti.

In definitiva appare alla scrivente sostenibile ravvisare in D. 17.1.54 pr una testimonianza della risarcibilità del danno non patrimoniale provocato dall'inadempimento di una obbligazione.

3.3 D. 18.7.6 E D. 18.7.7.: GLI INTERESSI NON PATRIMONIALI IN UN CONTRATTO DI COMPRAVENDITA AVENTE AD OGGETTO UNA SCHIAVA.

Nel precedente paragrafo abbiamo già accennato a come sia

⁹⁵ Sul punto cfr. A. SICARI, *Danno non patrimoniale e legittimazione ad agire*, cit. 251 ss, la quale ricorda che l'età severiana è <<un'epoca che offre, da tale prospettiva, un humus particolarmente fecondo>>. La studiosa, tuttavia, evidenzia come già prima di quest'epoca sia riconosciuto in qualche testo giurisprudenziale una certa considerazione agli interessi morali: a questo proposito nel suo testo *Gli interessi non patrimoniali in Giavoleno. Studio su D. 38.2.36*, Bari 2007, 191 ss, si è ampiamente soffermata su un testo di Giavoleno (D. 38.2.36), in cui il patrono è legittimato a richiedere la *honorum possessio contra tabulas* dell'*hereditas* del liberto, nonostante sia *damnosa*, qualora tra i beni del liberto rientrino alcuni fondi con i sepolcri degli avi del patrono oppure qualche schiavo da valutare in base all'affetto e non al prezzo.

Inoltre: C. MASI DORIA; *Bona libertorum. Regimi giuridici e realtà sociali*, Napoli 1996, 291 ss; M. BRETONE, *I fondamenti del diritto romano. Le cose e la natura*, Bari 1999, 243; D. MEDICUS; *Id quod interest*, cit. 626.

possibile ravvisare in D. 18.7.6.pr un'applicazione pratica del principio "*placuit enim prudentioribus affectus rationem in bonae fidei iudiciis habendam*" espresso in D. 17.1.54 pr.

Per comodità espositiva riporto il testo del passo di Papiniano dove, a conferma della particolare sensibilità del medesimo per valori immateriali, sono presi in esame la *pudicitia*, la *affectio* e la *verecundia* in un contratto di compravendita avente ad oggetto una schiava:

D. 18.7.6 Papin. 27 quaest.: *Si venditor ab emptore caverit, ne serva manumitteretur neve prostituatur, et aliquo facto contra quam fuerat exceptum evincatur aut libera iudicetur, et ex stipulatu poena petatur, doli exceptionem quidam obstaturam putant, Sabinus non obstaturam. Sed ratio faciet, ut iure non teneat stipulatio, si ne manumitteretur exceptum est: nam incredibile est de actu manumittentis ac non potius de effectu beneficii cogitatum. Ceterum si ne prostituatur exceptum est, nulla ratio occurrit, cur poena peti et exigi non debeat, cum et ancillam contumelia adfecerit et venditoris affectionem, forte simul et verecundiam laeserit: etenim alias remota quoque stipulatione placuit ex vendito esse actionem, si quid emptor contra quam lege venditionis cautum est fecisset aut non fecisset [...].*⁹⁶

⁹⁶ Per le ipotesi di interpolazione di D. 18.7.6 pr., v. G. BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, II, Tübingen, 1911, 8; ID., *Romanistische Studien*, in ZSS, L, 1930, 22 s.; L. MITTEIS, *Zur Interpolationenforschung*, cit., 188 s.; B. BIONDI, 'Iudicia bonae fidei', in AUPA, VII, 1918, 57; E. ALBERTARIO, *Ancora sulla*

Occorre precisare che a tale passo è strettamente legato D. 18.7.7 sempre di Papiniano poiché in entrambi i frammenti si esaminano gli effetti di alcuni patti limitativi dei poteri del compratore aggiunti *in continenti* a contratti di compravendita aventi ad oggetto uno schiavo⁹⁷.

Occorre puntualizzare che rispettando l'ordine di Papiniano invece di quello dei Compilatori analizzeremo prima D. 18.7.7 e solo successivamente D. 18.7.6.

3.4 D. 18.7.7: L'IPOTESI DELL'AFFECTIO DEL VENDITORE.

La fattispecie tratta dal libro 27 delle *quaestiones* (analogamente a D. 17.1.54 pr) affronta il valore non patrimoniale

pecuniarietà, cit., 250 s.; B. BÖRNER, *Zur Auslegung*, cit., 371 s. Su queste opinioni, e in favore della genuinità, v. A. SICARI, '*Leges venditionis*', cit., 29 ss.

In passato hanno ritenuto genuino il testo F. HAYMANN, *Freilassungspflicht und Reurecht. Ein quellenkritischer Beitrag zur Konditionenlehre*, Berlin, 1905, 3; E. COSTA, *Papianino*, cit., 81 ss. Più di recente, per la genuinità sostanziale, v. R. KNÜTEL, '*Stipulatio poenae*'. *Studien zur römischen Vertragsstrafe*, Köln-Wien, 1976, 358; A. WILINSKI, *Ricerche sull'alienazione degli schiavi nel diritto romano. Vendita dello schiavo con la clausola 'ne manumittatur'*, in *Index*, V, 1974-1975, 329, nt. 9; T.A.J. MCGINN, *Ne serva prostituatur. Restrictive Covenants in the Sale of Slaves*, in *ZSS*, CVII, 1990, 332 e nt. 60, il quale rileva come tutte le più importanti critiche al testo siano ormai state superate.

Con specifico riguardo all'ultima parte di D. 18.7.6 pr., v. H. HONSELL, '*Quod interest*', cit., 116, nt. 12, il quale rileva che anche G. Beseler, dopo averne sostenuta l'interpolazione (G. BESELER, *Beiträge*, II, cit., 8), l'ha poi ritenuta genuina (G. BESELER, *Romanistische Studien*, cit., 22).

⁹⁷ Per un approfondimento si vedano P. ZILIOTTO; *Sulla non patrimonialità del danno*, cit. 72 ss e A. SICARI, '*Leges venditionis*', cit. 291 ss.

della *affectio* in un contratto di compravendita.

Si allega il testo.

D. 18.7.7 Papin. 10 quaest: Servus ea lege veniit, ne in Italia esset: quod si aliter factum esset, convenit citra stipulationem, ut poenam praestaret emptor. Vix est, ut eo nomine vindictae ratione venditor agere possit, acturus utiliter, si non servata lege in poenam quam alii promisit inciderit. Huic consequens erit, ut hactenus agere possit, quatenus alii praestare cogitur: quidquid enim excedit, poena, non rei persecutio est.

Quod si, ne poenae causa exportaretur, convenit, etiam affectionis ratione recte agetur. Nec videntur haec inter se contraria esse, cum beneficio adfici hominem intersit hominis: enimvero poenae non inrogatae indignatio solam duritiam continet.

Nella prima parte del passo si analizza un contratto di compravendita avente ad oggetto uno schiavo, al quale è aggiunto un patto con il quale il compratore si impegna a non far risiedere lo schiavo in Italia (*ne in Italia esset*) con relativa penale nel caso in cui il compratore stesso non rispetti l'accordo. E' da sottolineare che la clausola penale è inserita nel contratto senza affiancare alla vendita un'apposita *stipulatio poenae* (*citra stipulationem*) e tale mancanza risulta essenziale perché il problema affrontato da Papiniano è quello di stabilire se e in che limiti il venditore possa pretendere la penale quando il compratore

non rispetti l'accordo.

Escludendo che il venditore possa pretendere la penale *vindictae ratione*,⁹⁸ in virtù di un suo interesse non patrimoniale alla punizione dello schiavo, si ritiene che egli possa agire *ex vendito* solo quando abbia un interesse patrimoniale al rispetto del patto da parte del compratore. Più precisamente: Papiniano afferma che il venditore agirà *utiliter* quando il mancato rispetto del patto da parte del compratore faccia scattare in capo al venditore stesso l'obbligo di pagare una penale ad altri promessa con una *stipulatio poenae* per il caso che lo schiavo non fosse esportato, e quindi *in Italia esset*. Di conseguenza, conclude Papiniano, il venditore potrà pretendere la penale concordata con il compratore nei limiti della prestazione che lui stesso sarà costretto ad eseguire in favore di un terzo a causa del mancato rispetto del patto da parte del compratore. Quanto ecceda questo limite non potrà essere preteso, perché il di più costituisce una *poena* e non una *rei persecutio*.

Com'è stato recentemente sottolineato da Paola Ziliotto⁹⁹, il senso del passo è chiaro poiché <<la previsione di una penale per il caso che lo schiavo venduto *in Italia esset* può essere richiesta dal venditore per tutelare un suo interesse patrimoniale (la sua responsabilità verso il terzo) oppure per tutelare un suo interesse

⁹⁸ L'inciso *vindictae ratione* è ritenuto interpolato da F. PRINGSHEIM, 'Jus aequum' und 'jus strictum', in ZSS, XLII, 1921, 648, nt. 2 e G. BESELER, *Romanistische Studien*, cit., 22. Ritiene invece essenziali le parole *vindictae ratione* perché fanno da completamento con *affectionis ratione*: A. WILINSKI, *Zur 'aestimatio'*, cit., 444, nt. 12.

⁹⁹ Cfr. P. ZILIOOTTO, *Sulla non patrimonialità del danno*, cit. 77.

non patrimoniale, vale a dire l'interesse che allo schiavo venga inflitta una punizione. Il principio accolto è che il venditore potrà agire entro il solo limite in cui abbia un interesse patrimoniale al rispetto del patto: l'eccedenza costituisce una *poena* a carico del compratore, la cui pretesa da parte del venditore viene evidentemente giudicata contraria alla buona fede>> contrarietà che nasce dalla considerazione che la pretesa alla *poena* è finalizzata a soddisfare un interesse non patrimoniale del venditore giudicato non degno di tutela.

Alla luce delle considerazioni esposte, si deduce che se il compratore viola il patto *ne in Italia esset*, il venditore, nonostante la previsione della penale, potrà richiedere lo stesso risarcimento che avrebbe potuto prendere anche senza la penale e ciò perché la prestazione che il venditore dovrà eseguire in favore del terzo rientra nel computo dell'*id quod interest actoris* calcolato bilanciando ogni cosa che, con riferimento alla vendita, il compratore convenuto deve dare o fare in favore della controparte secondo buona fede.

Nella seconda parte del frammento, invece, è previsto il caso in cui il patto sia diretto a beneficiare lo schiavo, ossia l'ipotesi in cui alla compravendita sia stato aggiunto il patto finalizzato ad ostacolare che lo schiavo venga esportato a titolo di punizione. In questa circostanza la soluzione è che si agirà

correttamente *etiam affectionis ratione*¹⁰⁰, ossia per un interesse degno dell'uomo.

Papiniano conclude infine dicendo che le due diverse soluzioni non devono essere considerate tra loro contraddittorie in quanto è interesse di un uomo che ad un altro uomo spetti un beneficio, mentre l'indignazione per una punizione non irrogata contiene solo durezza d'animo.

Appare lapalissiano come all'interno di un contratto di buona fede la lesione di un interesse non patrimoniale giustifica la pretesa della penale con l'azione contrattuale solo se si riferisca ad un interesse meritevole di tutela quale è quello sottostante al patto con cui il venditore vuole beneficiare lo schiavo venduto. Peraltro, escluso che la *affectio* nella seconda parte di D. 18.7.7 venga in rilievo ai fini della *litis aestimatio*, si potrebbe affermare che la somma prevista quale penale rappresenti una liquidazione preventiva concordata tra le parti del danno non patrimoniale.¹⁰¹

Ai nostri fini d'indagine preme, inoltre, soffermarsi sull'attenzione e sulla sensibilità dimostrata da Papiniano, anche in questo passo¹⁰², per l'*affectio* ossia per quel valore non

¹⁰⁰ Per un approfondimento sulle ipotesi di genuinità o interpolazione dell'ultima parte del passo si rinvia a P. Ziliotto, *Sulla non patrimonialità del danno*, cit. 78, nt. 29.

¹⁰¹ Contro tale supposizione P. ZILIOTTO, *Sulla non patrimonialità del danno*, cit. 80 la quale ritiene <<più plausibile che [anche nella seconda parte di D. 18.7.7] la penale miri a garantire la tutela dell'interesse non patrimoniale comminando una sanzione che conserva una funzione penale, piuttosto che risarcitoria>>.

¹⁰² Si rinvia al paragrafo dedicato a D. 17.1.54 pr in cui si è visto come l'*affectus* giustifica l'*actio mandati* e il contenuto dell'azione.

patrimoniale che si sposa perfettamente con l'inciso espresso tra parentesi in D.17.1.54 pr (*placuit enim prudentioribus affectus rationem in bonae fidei iudiciis habendam*).

E' da aggiungere tuttavia che in D. 18.7.7 il richiamo dell'*affectio* ha una funzione diversa rispetto a D.17.1.54 pr.: Più precisamente: in D. 18.7.7 l'*affectio* è solo ciò che giustifica l'azione del venditore mentre in D.17.1.54 pr, l'*affectus* non solo giustifica l'*actio mandati* ma è anche il contenuto dell'azione, ossia quello che il giudice dovrà stimare secondo equità.

3.5 D. 18.7.6. PR: PUDICITIA AFFECTIO E VERECUNDIA.

Il richiamo nel paragrafo precedente all'inciso contenuto tra parentesi in D. 17.1.54 pr (*placuit enim prudentioribus affectus rationem in bonae fidei iudiciis habendam*). ci spinge a soffermarci sul passo di Papiniano D. 18.7.6 che viene considerato una sua applicazione pratica.

Ne alleghiamo il testo.

Pap. 27 quaest. D. 18.7.6: *Si venditor ab emptore caverit, ne serva manumitteretur neve prostituatur, et aliquo facto contra quam fuerat exceptum evincatur aut libera iudicetur, et ex stipulatu poena petatur, doli exceptionem quidam obstaturam putant, Sabinus non obstaturam. sed ratio faciet, ut iure non*

teneat stipulatio, si ne manumitteretur exceptum est: nam incredibile est de actu manumittentis ac non potius de effectu beneficii cogitatum. ceterum si ne prostituatur exceptum est, nulla ratio occurrit, cur poena peti et exigi non debeat, cum et ancillam contumelia adfecerit et venditoris affectionem, forte simul et verecundiam laeserit.

Etenim alias remota quoque stipulatione placuit ex vendito esse actionem, si quid emptor contra quam lege venditionis cautum est fecisset aut non fecisset. ⁽¹⁰³⁾

Il caso affrontato da Papiniano risulta poco chiaro e lo si affronterà sorvolando sulle varie ricostruzioni e diatribe poste in essere dalla dottrina poiché non strettamente rilevanti ai fini della nostra indagine¹⁰⁴.

Non possiamo, tuttavia, prescindere dall'esame esegetico della fattispecie perché è solo attraverso di esso che incontreremo il

¹⁰³ Per le ipotesi di interpolazione di D. 18.7.6 pr., si rinvia a G. BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, II, Tübingen, 1911, 8; ID., *Romanistische Studien*, in ZSS, L, 1930, 22 s.; L. MITTEIS, *Zur Interpolationenforschung*, cit., 188 s.; B. BIONDI, 'Iudicia bonae fidei', in AUPA, VII, 1918, 57; E. ALBERTARIO, *Ancora sulla pecuniarietà*, cit., 250 s.; B. BÖRNER, *Zur Auslegung*, cit., 371 s.

In favore della genuinità: A. SICARI, 'Leges venditionis', cit., 29 ss. Per la genuinità sostanziale, v. R. KNÜTEL, 'Stipulatio poenae'. *Studien zur römischen Vertragsstrafe*, Köln-Wien, 1976, 358; A. WILINSKI, *Ricerche sull'alienazione degli schiavi nel diritto romano. Vendita dello schiavo con la clausola 'ne manumittatur'*, in Index, V, 1974-1975, 329, nt. 9; T.A.J. MCGINN, *Ne serva prostituatur. Restrictive Covenants in the Sale of Slaves*, in ZSS, CVII, 1990, 332 e nt. 60. In merito all'ultima parte di D. 18.7.6 pr.: H. HONSELL, 'Quod interest', cit., 116, nt. 12.

¹⁰⁴ Per una approfondita analisi di questo testo, si rinvia A. SICARI, 'Leges venditionis', cit. 29 e P. ZILIOTTO, *Sulla non patrimonialità del danno*, cit. 82 ss.

richiamo ai interessi non patrimoniali quali la *pudicitia*, la *affectio* e la *verecundia*.

In merito alla fattispecie occorre riferire che si tratta di un contratto di compravendita avente ad oggetto una schiava nel quale è stato inserito il patto per cui il compratore non deve manometterla né prostituirla, e che la compravendita è stata affiancata da una *stipulatio poenae* per garantire il rispetto del patto di non manomettere o non prostituire.

Si analizza poi il caso in cui il venditore, a causa del mancato rispetto del patto da parte del compratore, che abbia manomesso o prostituito la schiava, agisca *ex stipulatu* per il conseguimento della penale.

Papiniano, dopo aver ricordato la soluzione dei *quidam*, i quali ritenevano che la pretesa del venditore/stipulante potesse essere paralizzata dal compratore/promittente con l'*exceptio doli*, e quella di Sabino, il quale pensava invece che non vi fossero ostacoli alla pretesa del venditore/stipulante, fornisce la sua soluzione, che è diversa a seconda del patto violato dal compratore. Se il compratore, infatti, ha manomesso la schiava, la *stipulatio poenae*, non obbliga *iure* il compratore/promittente (cioè, la pretesa del venditore non è fondata), perché è incredibile che si sia pensato all'atto della manomissione piuttosto che all'effetto del beneficio: è incredibile cioè che le parti abbiano previsto una pena pecuniaria per l'atto in sé della manomissione, a prescindere dal fatto che la manomissione abbia prodotto l'effetto suo proprio.

Appare intuitivo quindi che la soluzione di Papiniano non ha nulla a che vedere con la natura dell'interesse che si è inteso garantire con la stipulazione della penale, ma solo con l'interpretazione della *stipulatio*.

Prosegue ancora Papiniano che se invece il compratore ha prostituito la schiava, non vi è alcuna ragione per cui la penale non possa essere reclamata, dal momento che il compratore ha offeso la schiava e ha leso l'affetto, forse anche la reputazione, del venditore. E' da rimarcare, tuttavia, che tali valori non patrimoniali non sembrano in questa sede richiamati da Papiniano per giustificare la fondatezza dell'azione o determinanti per la soluzione ma, probabilmente, nel pensiero del giurista il loro richiamo è finalizzato a chiarire che nel caso della prostituzione il fatto non voluto, ossia la prostituzione, non può verificarsi senza produrre gli effetti non voluti che sono l'offesa alla schiava, la lesione dell'*affectus* e la lesione della *verecundia* del venditore.

Come è stato giustamente sottolineato da Amalia Sicari¹⁰⁵ il riferimento di Papiniano ai motivi che sul piano umano, ma non giuridico, giustificano la soluzione indicata, serve a caratterizzare il discorso giuridico con un contenuto etico <<che riceve così un riconoscimento formale>> trasformando D. 18.7.6 in <<un terreno di indagine fecondo per ricostruire taluni spunti innovativi del contributo di Papiniano>>.

¹⁰⁵ A. SICARI, '*Leges venditionis*', cit. 193 ss.

Si ritiene, pertanto, di dover concordare con la studiosa¹⁰⁶ che dalla operazione interpretativa di Papiniano ravvisa la volontà <<di favorire un diverso apprezzamento della schiava, la cui esigenza di tutela è avvertita in maniera così intensa da farne apparire l'oltraggio inflittole come una forma inaccettabile di offesa non solo per lei stessa ma anche per la rispettabilità del dominus>> e di concludere che <<per la prima volta sul piano giuridico, un valore impegnativo come la verecondia di colui che ha venduto viene collegata ad un fatto che lede direttamente la schiava e indirettamente l'interesse morale del venditore a non vedere quella coinvolta nel vergognoso commercio del proprio corpo>>.¹⁰⁷

Proseguendo nell'esegesi, nella parte finale di D. 18.7.6 pr. (*etenim – non fecisset*) Papiniano conclude dicendo che si è ritenuto (*placuit*) che anche in assenza di una *stipulatio (remota quoque stipulatione)* vi fosse *actio ex vendito* per il caso in cui il compratore avesse fatto o non fatto qualcosa in contrasto con quanto disposto *lege venditionis* (¹⁰⁸).

¹⁰⁶ A. SICARI, 'Leges venditionis', cit. 277.

¹⁰⁷ A. SICARI, 'Leges venditionis', cit. 279.

¹⁰⁸ H. HONSELL, 'Quod interest', cit., 116, riferisce senz'altro questa *lex venditionis* al patto *ne serva prostituatur*, oggetto della discussione immediatamente precedente (v. anche R. VON JHERING, *Ein Rechtsgutachten*, cit., 64). Dello stesso avviso è anche A. SICARI, 'Leges venditionis', cit., 274 s., nt. 125, la quale aggiunge che le parole *fecisset aut non fecisset* si riferiscono in modo puntuale all'ipotesi della trasgressione della clausola *ne prostituatur*: chi si impegna a non prostituire la schiava, osserva, viola l'impegno assunto non solo quando costringa o induca la schiava alla prostituzione, ma anche quando non impedisca la prostituzione. Ora, è evidente che la considerazione di Papiniano relativa alla esperibilità dell'*actio ex vendito* anche in assenza di *stipulatio poenae* è sollecitata dal risultato appena esposto circa la esigibilità

Innegabilmente quella appena ricordata è la parte del passo che presenta maggiore interesse sotto il profilo del danno non patrimoniale e la stessa va interpretata, come già accennato nel precedente paragrafo, con D. 18.7.7.

E' stato evidenziato che D. 18.7.6 pr non dice <<che tra venditore e compratore è stato concluso un patto che stabilisca una pena per l'inadempimento>> come è invece affermato in D.18.7.7 e <<deve indursi dal suo silenzio, che c'è stata una pura e semplice clausola contrattuale, non accompagnata da *poena*. Oggetto di persecuzione è, quindi, una somma d'ammontare non prestabilito>>¹⁰⁹

Concordando con tale interpretazione, alla quale la scrivente ritiene di aderire nonostante la indiscussa e incontrovertibile difficoltà di fornire un'unica lettura della fattispecie considerata, la parte finale di D. 18.7.6 pr diverrebbe un testo fondamentale per il tema del danno non patrimoniale e in particolare per la sua risarcibilità poiché dal passo si evincerebbe la dimostrazione di come gli accordi diretti a tutelare interessi non patrimoniali meritevoli di tutela, se aggiunti ad un contratto di buona fede come la compravendita, diventerebbero perciò solo giuridicamente rilevanti, con la conseguenza che la lesione di quegli interessi

della pena stipulata per il caso in cui il compratore abbia violato il patto *ne prostituatur*. Tuttavia, Papiniano non specifica il contenuto della *lex ventitionis* e le sue parole potrebbero anche esprimere una regola di carattere generale valida per tutti i patti che, come quello *ne prostituatur*, siano voluti dal venditore a beneficio dello schiavo venduto.

¹⁰⁹ In questi termini P. VOCI, *Le obbligazioni*, cit. 260 ss.

giustificherebbe l'azione contrattuale per il risarcimento del danno da stimarsi in via equitativa.

In altri termini, la parte finale di D. 18.7.6 parrebbe riconoscere al venditore la possibilità di agire con l'azione di buona fede di vendita per ottenere il risarcimento del danno non patrimoniale provocatogli dal compratore mediante l'inadempimento di un patto inserito nel contratto di compravendita in favore della schiava venduta (il patto di non prostituire la schiava comprata).

E' da notare che aderendo all'interpretazione appena esposta il passo diventerebbe un esempio concreto del principio generale espresso tra parentesi in D. 17.1.54 pr (*placuit enim prudentioribus affectus rationem in bonae fidei iudiciis habendam*) dimostrandone la genuinità.

3.6 D.21.2.71: IL CASO DEL PATER CHE NELL'IPOTESI DI EVIZIONE DEL FONDO DOTALE, AGISCE IN BASE ALLA AFFECTIO PATERNA.

Un'altra testimonianza sulla quale si ritiene opportuno soffermarsi poiché appare utile ai fini della nostra indagine, è un passo di Paolo tratto dal libro sedicesimo delle *quaestiones*.

Se ne riporta il testo.

D. 21.2.71 Paul. 16 quaest: Pater filiae nomine fundum in dotem dedit: evicto eo an 'ex empto vel' duplae stipulatio committatur, quasi pater damnum patiatur, non immerito dubitatur: non enim sicut muliebri dos est, ita patris esse dici potest nec conferre fratribus cogitur dotem a se profectam manente matrimonio. Se videamus, ne probabilius dicatur committi hoc quoque casu stipulationem: interest enim patris filiam dotatam habere et spem quandoque recipiendae dotis, utique si in potestate sit. Quod si emancipata est, vix poterit defendi statim committi stipulationem, cum uno casu ad eum dos regredi possit. Numquid ergo tunc demum agere possit, cum mortua in matrimonio filia potuit dotem repetere, si evictus fundus non esset? An et hoc casu interest patris dotatam filiam habere, ut statim convenire promissorem possit? Quod magis paterna affection inducit¹¹⁰.

Il passo di Paolo tratta il tema della legittimazione di un padre ad agire nell'ipotesi di evizione di un fondo trasmesso in dote per la figlia. In particolare, ci si chiede se un padre dopo aver acquistato un fondo con la garanzia della *stipulatio duplae* per il

¹¹⁰ Sul testo si veda A. MARCHI, *Il risarcimento del danno morale*, cit. 263 ss; U. RATTI, *Il risarcimento del danno nel diritto giustiniano*, cit. 186 ss; M. LAURIA, *Matrimonio – dote in diritto romano*, Napoli 1952, 149; F.M. DE ROBERTIS, *Sulla risarcibilità del danno morale nel diritto giustiniano*, cit. 509; A. BURDESE, <<Dos patri set filiae communis>> in Labeo 5, 1959, 288 ss; P. VOCI, *Le obbligazioni romane (Corso di pandette)*, cit. 244 ss; P. PREZZA, *Responsa e quaestiones. Studio e politica del diritto dagli Antonini ai Severi*, in *Studia et documenta historiae et iuris*, 43, 1977, 243 ss.

caso dell'evizione ed averlo trasferito in dote al marito della figlia, possa agire contro il venditore qualora si sia verificata l'evizione ai danni del genero durante il matrimonio.

In questa situazione osserva il giurista che non senza ragione si dubita se il padre possa o meno agire (con l'*actio empti* oppure in base alla *stipulatio duplae*) come se egli stesso abbia subito il danno e tale dubbio sorge dal fatto che il padre non potrebbe agire durante il matrimonio perché egli non può dirsi titolare della dote, allo stesso modo in cui essa è della figlia¹¹¹. Di certo, invece, la dote potrà dirsi del padre soltanto nel caso di scioglimento del matrimonio quando, appunto, essa dovrà essergli restituita.

Nel caso allo studio, tuttavia, si tenta di verificare se al padre possa riconoscersi un interesse che lo legittimi ad agire subito dopo l'evizione, senza dover attendere che il matrimonio sia sciolto.

A tal riguardo si distinguono due casi: quello della figlia in potestà e quello della figlia emancipata.

Per quanto riguarda la prima ipotesi, e cioè che sia in potestà (*utique si in potestate sit*), è evidente l'interesse del padre a che la figlia sia dotata e, pertanto, qualora venga meno la dote, è

¹¹¹ Sul punto si veda A. BURDESE, <<*Dos patri set filiae communis*>>, in *Labeo* 5, 1959, 289 secondo il quale <<l'espressione del testo è tale da prospettare, accanto al concetto di una certa appartenenza, sia pure intesa in senso atecnico, della dote della figlia, pure quello di una certa appartenenza della stessa al padre di lei [...] La dote potrà evidentemente dirsi del padre solo in vista della restituzione in caso di scioglimento del matrimonio: nel caso concreto viceversa si trattava di ricercare l'esistenza di un interesse attuale del padre alla conservazione dell'oggetto in dote>>.

necessario che essa sia ricostituita (*interest enim patris filiam dotatam habere et spem quandoque recipiendae dotis*).

Con riferimento alla seconda ipotesi, e cioè che la donna sia emancipata (*quod si emancipata est*), è ovvio che il padre possa agire quando il matrimonio sia sciolto per la morte della donna (*cum mortua in matrimonio filia potuit dotem repetere*).

In D. 21.2.71. però, si va alla ricerca di una motivazione che possa giustificare l'immediato esercizio dell'azione da parte del padre senza dover attendere lo scioglimento del matrimonio e a questo riguardo si richiama la possibilità riconosciuta al padre di agire sulla base del proprio interesse morale a che la figlia resti dotata (*interest patris dotatam filiam habere [...] quod magis paterna affectio inducit*) riconducendo quest'ultimo interesse alla *affectio paterna*.

E' di tutta evidenza che, D. 21.2.71 non è di facile interpretazione a causa dei problemi testuali che presenta. In particolare, è stato evidenziato da alcuni studiosi¹¹² che l'originale della *quaestio* doveva, con molta probabilità, presentare qualche differenza rispetto al testo riportato nel Digesto. Tale argomentazione si poggia sulla constatazione che le tematiche sarebbero più accennate che realmente svolte e a questo riguardo è stata anche sottolineata la struttura dialogica del discorso.

¹¹² Si veda P. FREZZA. *Responsa e quaestiones. Studio e politica del diritto dagli Antonini ai Severi*, cit. 392 secondo cui il tema del dibattito viene proposto non *ex facto* ma dal maestro al quale lo "scolaro" pone una serie di questioni. Pertanto <<questa stringata analisi è svolta nel nostro testo non come argomentazione di una sola persona ma come dialogo a due voci>>.

In aggiunta a ciò, è da osservare che all'inizio del passo si richiama l'attenzione sulla *stipulatio duplae* e sull'*actio empti*, ma in seguito non vi è più menzione dell'*actio empti*. Infine, vi è il riferimento per certi aspetti allusivo ed impreciso alla paterna *affectio*.

Se da un lato alcuni studiosi hanno sollevato dubbi sulla genuinità del passo¹¹³, dall'altro, però vi è chi, nonostante i problemi legati al testo, ha affermato che nella sostanza il suo contenuto non è necessariamente riconducibile all'età giustiniana¹¹⁴.

Ai fini del nostro discorso di un certo rilievo, comunque, risulta essere la parte finale del testo nella quale si richiama la paterna *affectio*.

Come è stato sottolineato, si tratta di un argomento "molto generico" dietro il quale si nasconde una realtà degna di "grande considerazione"¹¹⁵.

Nel caso di evizione del fondo dotale dato alla figlia, infatti, è interessante notare che il padre, pure in una fase in cui non avrebbe diritto alla restituzione della dote, è comunque legittimato

¹¹³ Sul punto si sottolinea che Albertario ritiene interpolati tutti i testi dai quali risulta una appartenenza della dote alla donna: cfr E. ALBERTARIO, '*Subtilitas legum*' e '*moderamen naturalis iuris*' nel diritto dotale romano giustiniano, già in *RIL*, LVIII, 1925, 808., ora in *Studi di diritto romano, Persone e famiglia*, Milano, 1933, 375 ss.

¹¹⁴ Così P. VOCI, *Le obbligazioni romane (Corso di pandette). Il contenuto dell'obligatio*, cit. 246 il quale dubita che il contenuto corrisponda al diritto giustiniano.

¹¹⁵ Le parole tra virgolette appartengono a P. VOCI, *op. ult.* cit. 245.

ad agire grazie all'interesse affettivo a che la figlia sia dotata.

Si ritiene doveroso ricordare con particolare riferimento alla problematica del risarcimento dei danni morali, che alcuni autori, come ad esempio Marchi, negano che il passo possa avere una qualche rilevanza in tale ambito.

L'autore, pur ammettendo che dalla lettura del testo è possibile pensare che "il padre agisca solo per interesse morale", chiarisce però che è il *favor dotis*, più che l'interesse morale, a riconoscere al *pater* la possibilità di agire in caso di evizione del fondo dotale¹¹⁶.

Nella comparazione degli interessi in gioco, tuttavia, credo sia più rilevante l'interesse non patrimoniale del padre poiché, come si evince nella parte finale del testo (*An et hoc casu interest patris dotatam filiam habere, ut statim convenire promissorem possit? Quod magis paterna affectio inducit*), ciò che assume importanza ai fini dell'azione non è il *favor dotis* bensì l'interesse morale paterno a che la figlia sia dotata¹¹⁷. Paolo riconosce, infatti, che, pur essendovi delle ragioni per escludere la legittimazione ad agire del padre, sia però preferibile la soluzione opposta e, a sostegno della *commissio stipulationis* adduce un duplice interesse del padre: la speranza di recuperare un giorno la dote e l'interesse ad avere la figlia dotata. E la rilevanza di quest'ultimo interesse viene ricondotta alla *affectio paterna* e cioè ad un interesse non

¹¹⁶ Cfr. A. MARCHI, *Il risarcimento del danno morale*, cit., 267.

patrimoniale che sembra quindi giustificare l'esperibilità della *stipulatio duplae*.

Alla luce delle considerazioni finora svolte, si può concludere che se è vero che nella sostanza il passo è da considerarsi genuino e che (come già segnalato) anche in altre testimonianze dell'età di Severi (ad esempio D. 17.1.54 pr) viene riconosciuta una rilevanza giuridica all'interesse affettivo, è allora possibile, con molta cautela, ipotizzare che anche in questo caso la protezione dell'interesse morale del padre sia riconducibile già all'età severiana.

3.7 D.27.3.1.2: L'ACTIO TUTELAE CONTRO IL TUTORE CHE NON HA PRESTATO GLI ALIMENTI ALLA MADRE O ALLA SORELLA DEL PUPILLO CHE NON SONO IN GRADO DI MANTENERSI DIVERSAMENTE.

Una testimonianza, afferente ad un caso di responsabilità contrattuale che nasce dall'inadempimento di obbligazioni di fonte diversa dal contratto, e che ci fornisce alcune utili indicazioni ai fini della nostra indagine, è rappresentata da un passo di Ulpiano,

¹¹⁷ Così U. RATTI, *Il risarcimento del danno nel diritto giustiniano*, cit. 186 ss; F. M. DE ROBERTIS, *Sulla risarcibilità del danno morale nel diritto giustiniano*, cit. 509.

tratto dai suoi commentatori all'editto.

Ne riportiamo il testo.

D.27.3.1.2 Ulpian. 36 ad ed: Sed et si non mortis causa donaverit tutore auctore, idem Iulianus scripsit plerosque quidem putare non valere donationem, et plerumque ita est: sed nonnullos casus posse existere, quibus sine reprehensione tutor auctor fit pupillo ad deminuendum, 'decreto scilicet interveniente': veluti si matri aut sorori, quae aliter se tueri non possunt, tutor alimenta praestiterit: nam cum bonae fidei iudicium sit, nemo feret, inquit, aut pupillum aut substitutum eius querentes, quod tam coniunctae personae alitae sint: quin immo per contrarium putat posse cum tutore agi tutelae, si tale officium praetermiserit. (¹¹⁸)

Nel passo Ulpiano riferisce che già il giurista Giuliano avrebbe scritto che, secondo l'opinione di molti, le donazioni *non mortis causa* fatte dal pupillo con l'autorizzazione del tutore non erano valide. Tuttavia vi potevano essere certi casi nei quali il

¹¹⁸ Il passo è stato ritenuto interpolato da: A. MARCHI, *Il risarcimento*, cit., 266 s.; G. BESELER, *Beiträge*, III, cit., 82; E. ALBERTARIO, *Sul diritto agli alimenti*, in *Studi di diritto romano*, I, *Persone e famiglia*, Milano, 1933, 266 s.; H.J. WOLFF, *Zur Stellung der Frau im klassischen römischen Dotalrecht*; in *ZSS*, LIII, 1933, 329 nt. 1. Meno risolti nel sostenere l'interpolazione: E. SACHERS, *Das Recht auf Unterhalt in der römischen Familie der klassischen Zeit*, in *Festschrift F. Schulz*, I, Weimar, 1951, 357 s.; A. DE FRANCESCO, *Il diritto agli alimenti tra genitori e figli. Un'ipotesi ricostruttiva*, in *Labeo*, XLVII, 2001, 47 ss.

Per la genuinità sostanziale: M. LAURIA, *'Periculum tutoris'*, in *Studi in onore di S. Riccobono*, III, Palermo, 1936, 295, nt. 55; G. ZOZ, *In tema di obbligazioni alimentari*, in *BIDR*, LXXIII, 1970, 342.

tutore, con un decreto, poteva *sine reprehensione* autorizzare il pupillo a diminuire il suo patrimonio.

A riguardo Ulpiano ricorda il comportamento del tutore che avesse prestato gli alimenti, con il patrimonio del pupillo, a favore della madre o della sorella di quest'ultimo non in grado di mantenersi diversamente. In tale condizione, viene chiarito che, il tutore non sarebbe stato responsabile: essendo l'*actio tutelae* un *iudicium bonae fidei*, nessuno avrebbe tollerato le lamentele elevate da un pupillo perché persone a lui *tam coniunctae* erano state alimentate con il suo patrimonio.

Occorre riflettere sulla circostanza che nella fattispecie *de qua*, non solo si afferma che il tutore sia legittimato a prestare gli alimenti, ma addirittura si riconosce al pupillo la possibilità di agire con l'*actio tutelae* contro il tutore che si fosse sottratto a tale *officium*¹¹⁹, e ciò in considerazione del fatto che fosse stata compromessa la dignità, la stima sociale e il dovere di cura dei *mores* del pupillo stesso.

Appare di tutta evidenza che negli obblighi del tutore siano ricomprese quelle prestazioni e comportamenti deputati a realizzare interessi non patrimoniali del pupillo, corrispondenti a valori non patrimoniale come la dignità, il decoro e la stima sociale.

¹¹⁹ Questo è uno dei casi in cui R. VON JHERING, *Ein Rechtsgutachten*, cit. 62, riconosceva un interesse non patrimoniale protetto dal diritto romano, che lui riconduceva a un "*Verwandtschaftliche Liebe*".

La testimonianza, pur essendo stata oggetto di critiche formali specialmente con riferimento alla prima parte¹²⁰, si presenta, a parere della scrivente, dal punto di vista sostanziale, genuina almeno con riguardo alla problematica della prestazione alimentare fatta dal tutore a favore della madre o della sorella del pupillo¹²¹.

Per quanto concerne più nello specifico il tema della nostra indagine, il passo contiene qualche elemento di rilievo poiché viene preso in considerazione l'interesse morale del pupillo affinché siano alimentate la madre o la sorella che si trovino in stato di bisogno.

E' da notare che, non solo si permette al tutore di prestare gli alimenti a tali persone utilizzando il patrimonio del pupillo, ma si riconosce, altresì, l'esercizio dell'*actio tutelae* da esercitare nei confronti del tutore che non abbia ottemperato a tale obbligo.

In questo caso, è evidente che solo la lesione dell'interesse morale del pupillo può essere posta a fondamento dell'azione contro il tutore e non certo la lesione di un interesse patrimoniale, considerando, invece, che, dal mancato rispetto di tale obbligo da parte del tutore, il pupillo avrebbe evidentemente conseguito un vantaggio economico.

¹²⁰ Così ad es E. ALBERTARIO, *Sul diritto agli alimenti*, in *Studi di diritto romano*, 1, *Persone e famiglia*, Milano 1933, 266.

¹²¹ In questo senso A. DE FRANCESCO, *Il diritto agli alimenti tra genitore e figli. Un'ipotesi ricostruttiva*, cit. 48 s.

In definitiva, appare dimostrato che il tutore ha violato un interesse non patrimoniale del pupillo (il suo interesse alla integrità morale) provocandogli un danno di natura non patrimoniale.

Con specifico riguardo al risarcimento dei danni morali, i pochi studiosi che si sono occupati del testo hanno manifestato due distinti orientamenti.

Da un lato vi è chi come Marchi, ha escluso che D. 27.3.1.2 possa avere rilevanza ai fini del risarcimento di tali danni perché l'*actio* concessa non ha come scopo la tutela dell'interesse morale del pupillo, ma sarebbe stata data (come d'altra parte per D. 17.1.54 pr e D. 21.2.71) <<più che altro per riconoscere in modo indiretto efficacia ad obblighi, che a rigor di diritto, sarebbero inefficaci>>.¹²²

Sul versante opposto, invece, vi è l'orientamento manifestato da Ratti e De Robertis, i quali hanno evidenziato che il testo (analogamente a D. 17.1.54 pr e D. 21.2.71) confermerebbe l'affermarsi nell'età giustiniana del principio della risarcibilità dei danni morali in quanto alla base dell'esercizio dell'*actio tutelae* vi sarebbe una lesione dell'interesse morale del pupillo¹²³.

¹²² Cfr. A. MARCHI, *Il risarcimento del danno morale*, cit. 267.

¹²³ Così U. RATTI, *Il risarcimento del danno morale nel diritto giustiniano*, cit. 186; F.M. DE ROBERTIS, *Sulla risarcibilità del danno morale nel diritto giustiniano*, cit. 509.

E' da sottolineare che nonostante non sia facile alla luce delle nostre conoscenze, individuare la *ratio* della fattispecie trattata in D. 27.3.1.2 è possibile fare qualche riflessione.

In primo luogo, a seguito della lettura del passo, si può notare che il riconoscimento dell'*actio tutelae* nei confronti del tutore, qualora questi non abbia prestato gli alimenti alla madre o alla sorelle del pupillo, ha come fondamento la lesione di un interesse non patrimoniale del pupillo.

In secondo luogo, appare di rilievo il richiamo a proposito dell'*actio tutelae* ai *iudicia bonae fidei*. Tale richiamo può essere messo in relazione con quanto affermato, sempre in tema di *iudicia bonae fidei*, in D. 17.1.54 pr., dove si sottolinea la rilevanza dell'elemento affettivo nell'ambito di tali *iudicia* dal momento che "*placuit enim prudentioribus affectus rationem in bonae fidei iudiciis habendam*".

Alla luce di tali riflessioni si nota chiaramente che, l'interesse morale del pupillo, ha una certa rilevanza anche nella fattispecie trattata in D. 27.3.1.2.

Non priva di importanza è, altresì, la considerazione che l'impostazione del caso esaminato in D. 27.3.1.2 si intreccia con il complesso tema della disciplina dell'obbligazione alimentare ed in particolare con quello dell'individuazione del periodo storico nel quale vi sarebbe stato il completo riconoscimento giuridico dell'obbligo agli alimenti.

Nella fattispecie in oggetto, infatti, appare implicito che, perlomeno per Giuliano, il pupillo non aveva un obbligo giuridicamente azionabile di prestare gli alimenti alla madre e alla sorella bisognose. Se infatti l'obbligazione alimentare fosse stata riconosciuta sul piano del diritto sin dall'epoca di Giuliano, evidentemente invece che di una tutela di uno specifico interesse morale del pupillo sarebbe più opportuno parlare della violazione di un vero e proprio obbligo giuridico disciplinato dall'ordinamento¹²⁴.

Appare, pertanto, opportuno soffermarsi in maniera più particolareggiata sulla questione e interrogarsi sulla possibilità se già all'epoca di Giuliano l'obbligazione alimentare fosse regolamentata come un vero e proprio obbligo giuridico.

Uno studioso che si è di recente occupato del problema¹²⁵ ha concluso che, nonostante una testimonianza in tema di riconoscimento giuridico delle prestazioni alimentari risalente a Labeone¹²⁶, sulla cui base qualche autore tende ad anticipare i

¹²⁴ Cfr. A. MARCHI, *Il risarcimento*, cit. 263, nt.4; A. DE FRANCESCO, *Il diritto agli alimenti tra genitori e figli*, cit. 47 s., nt. 56.

¹²⁵ Cfr. D.A. CENTOLA, *A proposito del contenuto dell'obbligazione alimentare. Riflessioni storiche*, in *Studia et documenta historiae et iuris*, 2006, 169 ss.

¹²⁶ Il parere di Labeone è riportato da Ulpiano in D. 27.3.1.4 (36 ad ed): *Praeterea si matrem aluit pupilli tutor, putat Labeo imputare eum posse: sed est verius non nisi perquam egenti dedit, imputare eum oportere de largis facultatibus pupilli: utrumque igitur concurrere oportet, ut et mater egena sit et filius in facultatibus positus.*

Nel testo si afferma che qualora la madre sia povera ed il figlio *facultatibus positus*, il tutore che ha alimentato la madre del pupillo può rivalersi sul patrimonio di quest'ultimo. Il passo pertanto testimonia che già all'epoca di Labeone si pone il problema della prestazione alimentare del figlio a favore della madre, tuttavia la scrivente concorda con Centola che non ritiene possibile far risalire già ai primi anni del principato la completa disciplina di quest'obbligo.

prodromi dell'obbligazione alimentare ai primi anni dell'età del principato o al tempo di Adriano¹²⁷, l'opinione dominante della storiografia, fondata su alcuni provvedimenti normativi emanati sull'argomento da Antonino Pio e da Marco Aurelio, propende opportunamente per la previsione di un obbligo giuridico soltanto a partire dal loro principato¹²⁸.

Sebbene sia riconosciuta la notevole attenzione prestata da questi imperatori agli alimenti nell'ambito familiare, non è possibile ipotizzare una disciplina esaustiva degli *alimenta* neanche durante gli anni del loro governo poiché una più completa regolamentazione della materia si ha solo in seguito, grazie sia alla fondamentale attività interpretativa dei giuristi sia agli altri interventi normativi dei successivi imperatori, che avvertono l'esigenza di disciplinare compiutamente gli *alimenta*.

In conclusione, con riferimento alla fattispecie trattata in D. 27.3.1.2, si può supporre che, da un lato, si tutela l'interesse morale del pupillo a che siano alimentate la madre o la sorella in stato di bisogno e, dall'altro che il discorso si inserisce nell'ambito di quel lento processo di riconoscimento giuridico

¹²⁷ Ad esempio A.A. SCHILLER, <<Alimenta>> in the <<Sententiae Hadriani>>, in *Studi in onore di Giuseppe Grosso*, Torino 1971, 401 ss; M.G. ZOZ, *In tema di obbligazioni alimentari*, in *Bullettino dell'Istituto di diritto romano LXXIII*, 1970, 323 ss.

¹²⁸ Sull'argomento, con l'indicazione delle principali fonti e dei provvedimenti di Antonino Pio, si vedano A. DE FRANCESCO, *Il diritto agli alimenti tra genitori e figli. Un'ipotesi ricostruttiva*, cit. 28 ss; D.A. CENTOLA, *A proposito del contenuto dell'obbligazione alimentare. Riflessioni storiche* cit. 175 ss; J. M. ALBURQUERQUE, *La prestación de alimentos en derecho romano y su proyección en el derecho actual*, Madrid 2010, 29.

dell'obbligazione alimentare che, nonostante i prodromi individuabili già nell'età di Giuliano si affermerà soltanto successivamente.

3.8 D.16.3.1.38: IN TEMA DI DEPOSITO L'IPOTESI DEL SOGGETTO, PRESSO IL QUALE ERANO STATE DEPOSITATE LE TAVOLE TESTAMENTARIE, CHE LE HA LETTE ALLA PRESENZA DI PIÙ PERSONE.

Occupiamoci ora di un'altra testimonianza di Ulpiano, che richiama l'opinione di Labeone occupandosi di una fattispecie in materia di deposito.

Tale passo è anch'esso, a mio avviso, particolarmente importante, al fine della nostra indagine, poiché evidenzierebbe la tutela contrattuale di un interesse non patrimoniale.

Riportiamo il testo.

Ulp. 30 *ad ed.* D. 16.3.1.38: *Si quis tabulas testamenti apud se depositas pluribus praesentibus legit, ait Labeo depositi actione recte de tabulis agi posse. ego arbitror et iniuriarum agi posse, si hoc animo recitatum testamentum est quibusdam praesentibus, ut iudicia secreta eius qui testatus est divulgarentur.*

Nella fattispecie *de qua* un soggetto, presso il quale erano state depositate le tavole testamentarie, le ha lette alla presenza di più persone e a riguardo Ulpiano riferisce che, secondo Labeone, si può correttamente agire *de tabulis* con l'*actio depositi*.

Ulpiano soggiunge che si potrebbe agire anche *iniuriarum*, qualora il depositario abbia letto il testamento *pluribus praesentibus* con l'*animus* di divulgare le volontà segrete del testatore.

Appare evidente che mentre Ulpiano concorda con Labeone sulla esperibilità del rimedio contrattuale, il primo va oltre e, ricorrendone i presupposti, ritiene esperibile anche il rimedio extracontrattuale.

In merito allo scopo del mio lavoro preme soffermarsi sulla parte del passo in cui si prevede la possibilità di agire con l'*actio depositi*. A riguardo giova ricordare le diverse opinioni degli studiosi afferenti al danno di cui il deponente potrebbe chiedere il ristoro.

Secondo Marchi, Labeone intende riferirsi alla responsabilità del depositario che ha causato il danno materiale alle tavole a seguito della rottura dei sigilli (rottura necessaria per leggere il testamento): l'azione di deposito pertanto è concessa *de tabulis* con la conseguenza che il depositario sarà condannato al *pretium tabularum*¹²⁹.

(¹²⁹) A. MARCHI, *Il risarcimento*, cit., 257, nt. 2, esclude, quindi, che l'azione di deposito possa essere addotta come prova della possibilità di un risarcimento del danno morale.

Contro tale orientamento, tuttavia, si è giustamente rilevato che in D. 16.3.1.38 non vi è alcun accenno alla rottura dei sigilli che la lettura del testamento necessariamente comporta e che la fattispecie affronta esclusivamente l'aspetto esaminato della lettura *pluribus praesentibus* delle tavole testamentarie ¹³⁰.

Seguendo tale orientamento appare verosimile che l'azione di deposito suggerita da Labeone tenda a far conseguire all'attore una somma pecuniaria non tanto per il danno materiale arrecato alle tavole, quanto piuttosto per il danno derivante dalla violazione dell'interesse alla segretezza delle disposizioni testamentarie.

In altri termini, il problema centrale diviene quello di stabilire se il solo comportamento del depositario preso in considerazione (il *tabulas testamenti apud se depositas pluribus praesentibus legere*) concretizzi la violazione di un dovere contrattuale ¹³¹.

A far propendere per l'orientamento appena esposto giova, altresì, la considerazione che nel contratto di deposito delle tavole testamentarie, data la particolare natura dell'oggetto depositato, la *custodia*, che è *causa* del contratto, non riguarda esclusivamente la conservazione delle tavole come oggetto materiale, ma riguarda

¹³⁰ M. TALAMANCA, *Diatribes*, cit., 667.

¹³¹ Così P. ZILLOTTO, *Sulla non patrimonialità del danno e dell'interesse nel diritto romano*, cit. 53 e W. LITEWSKI, *Depositary's Liability In Roman Law*, in *AG*, CXC.2, 1976, 31, il quale si occupa del passo esclusivamente sotto il profilo del dolo del depositario.

anche il loro contenuto, che non solo non deve essere cancellato o alterato¹³², ma deve essere anche tenuto segreto e non divulgato.

Seguendo tale ricostruzione è agevole concludere che la lettura del testamento *pluribus praesentibus* è un comportamento contrario alla causa contrattuale, che viola un dovere contrattuale¹³³.

Alla luce delle considerazioni suesposte possiamo supporre che, quando Labeone afferma che si può agire di deposito *de tabulis*, sembra voler affermare che si può agire con l'*actio depositi* per inosservanza dell'obbligo di custodire le tavole¹³⁴, nel senso dell'obbligo di custodire il contenuto delle tavole, e non per inosservanza dell'obbligo di restituzione (per averne provocato un materiale deterioramento).

Innanzitutto, diretta conseguenza di una ricostruzione in questi termini del pensiero di Labeone sarebbe quindi quella di chiedere un risarcimento per il pregiudizio all'interesse relativo alla segretezza sul contenuto delle tavole testamentarie, che è quel che avrebbe dovuto essere custodito.

¹³² La circostanza che il contenuto delle tavole testamentarie non debba essere cancellato o alterato non è menzionata in D. 16.3.1.38.

¹³³ Di diverso avviso P. VOCI, *Le obbligazioni*, cit., 272, il quale ritiene che l'illecito ravvisabile nella condotta del depositario consisterebbe nell'aver usato la cosa oggetto del deposito.

¹³⁴ Così, P. ZILLOTTO, *Sulla non patrimonialità del danno*, cit. 54 che usa l'espressione "obbligo di custodire" nel senso precisato da A. METRO, *L'obbligazione di custodire nel diritto romano*, Milano 1966, 150.

La violazione dell'obbligo di conservare il segreto sul contenuto delle tavole testamentarie provocherebbe quindi un danno essenzialmente non patrimoniale¹³⁵ poiché è stato leso l'interesse non patrimoniale alla segretezza (*rectius*: riservatezza) delle proprie ultime volontà.

Tale interesse privato del testatore deponente alla segretezza del contenuto testamentario appare, pertanto, giuridicamente rilevante sul piano degli obblighi contrattuali e il relativo danno non patrimoniale provocato dal depositario con la violazione dell'obbligo di custodire il segreto sul contenuto può essere stimato sulla base di un giudizio di equità.

¹³⁵ E' da avvertire il lettore che potrebbero sussistere anche ulteriori danni patrimoniali oltre alla semplice rottura dei sigilli ricordata dalla dottrina summenzionata.

CONCLUSIONI

E' innegabile come la casistica affrontata nel terzo capitolo abbia evidenziato molteplici situazioni nelle quali il diritto romano concede tutela contro pregiudizi che colpiscono interessi non patrimoniali in materia contrattuale.

Alla luce di quanto fin qui detto, appare chiaro come i testi esaminati contengano alcune indicazioni in qualche modo interessanti ai fini della nostra ricerca poiché affrontano casi di responsabilità contrattuale che nascono dall'inadempimento di obbligazioni anche di fonte diversa dal contratto.

Fermo restando che per l'età del principato è difficile credere nell'elaborazione di un principio generale del risarcimento dei danni morali (che troverà applicazione diffusa, limitatamente ai giudizi di buona fede, solo nell'età di Giustiniano) è stato possibile individuare con certezza, seppure in via congetturale, alcune forme di tutela di interessi affettivi riconducibili all'età dei Severi.

In particolare dall'esame di D. 17.1.54 pr è emersa la notevole rilevanza dell'interesse affettivo del *dominus* che, qualora lo schiavo non sia affrancato, può agire con l'azione di mandato al

fine di ottenere l'adempimento dell'impegno assunto dal mandatario.

Dallo studio di D. 18.7.6 e D.18.7.7 sono affiorati interessi non patrimoniali come il pudore, l'*affectio* e la verecondia all'interno della compravendita in materia di una schiava.

Con riferimento a D.16.3.1.38 in tema di deposito è emerso l'interesse non patrimoniale alla segretezza la cui lesione provoca un danno essenzialmente non patrimoniale nel caso in cui un soggetto presso il quale erano state depositate le tavole testamentarie le ha lette alla presenza di più testimoni.

Dalla lettura di D. 21.2.71, è risultata l'importanza dell'*affectio* paterna che permette al padre di agire contro il venditore nell'ipotesi di evizione del fondo dotale.

Infine la disamina di D. 27.3.1.2 ha messo in evidenza l'interesse morale del pupillo a che siano alimentate la madre o al sorella in stato di bisogno e siffatto interesse, grazie anche al lento e graduale processo di riconoscimento giuridico dell'obbligazione alimentare, è posto alla base dell'*actio tutelae* contro il tutore che si sia sottratto a tale *officium*.

Questa indagine condotta sulle testimonianze dei giuristi romani ci ha comunque confermato che il sistema si presenta frammentario e risulta fortemente difficile ricondurlo ad unità.

Alla fine della indagine effettuata, quindi, appare opportuno limitarsi a constatare come nel settore del diritto romano il bisogno diffuso di tutelare interessi non patrimoniali contro i pregiudizi a

loro arrecati in materia di responsabilità contrattuale, abbia potuto essere soddisfatto in modo articolato grazie alle caratteristiche dello strumento processuale, che autorizzava una liquidazione giudiziale del pregiudizio provocato all'interesse non patrimoniale sulla base della valutazione equitativa consentita, dalla natura di buona fede dell'azione concessa nei casi in cui viene riconosciuta tutela di interessi non patrimoniali.

Come abbiamo già avuto modo di evidenziare, alcuni autori tra cui Ratti e De Robertis, sostengono che il principio della risarcibilità dei danni morali, sconosciuto nelle epoche precedenti, sia stato applicato solo nell'età di Giustiniano. In particolare Ratti ravvisa nel diritto giustiniano "indizi persuasivi di notevole importanza"¹³⁶, mentre De Robertis ne riconosce la piena risarcibilità limitata ai *bonae fidei iudicia* (con esclusione dunque dei *iudicia stricta*). Non esiste quindi un principio generale del risarcimento dei danni morali in senso moderno.

Tuttavia anche la ricostruzione di Ratti e De Robertis, a mio parere, si presta ad un rilievo critico: piuttosto che attribuire all'età giustiniana l'affermazione *ex abrupto* di un principio, come quello del risarcimento dei danni morali, completamente ignorato nelle epoche precedenti, con molta cautela si può forse meglio ipotizzare che già nel tardo principato, almeno in qualche caso, si siano affermati alcuni prodromi di tale principio, divenuto poi più chiaro solo nell'età di Giustiniano.

¹³⁶ Cfr. U. RATTI, *Il risarcimento del danno nel diritto giustiniano*, cit. 170.

In base a questa congettura le testimonianze richiamate dagli autori si possono prestare ad una differente lettura interpretativa. In particolare i brani dei giuristi severiani riportati nel Digesto, pur nella loro complessità ed in presenza di qualche alterazione, piuttosto che essere considerati del tutto interpolati si potrebbero reputare nella sostanza genuini. Partendo da tale presupposto essi, pertanto, proverebbero l'esistenza di alcune forme di tutela di interessi affettivi già nell'età dei Severi.

Si può dunque ipotizzare che queste tendenze presenti nell'età severiana siano state riprese, confermate e potenziate dai compilatori di Giustiniano i quali prendendo spunto proprio da esse ne hanno chiarito meglio la portata.

Tale argomentazione risulta particolarmente evidente nel testo di Papiniano riportato in D. 17.1.54 pr che come sappiamo è la fattispecie trattata dal giurista severiano riguardo l'ipotesi del padrone di uno schiavo che *affectus ratione* esercita l'azione di mandato nei confronti del mandatario al fine di ottenere la manomissione dello schiavo stesso.

Come già evidenziato quello che è rilevante è la tutela riconosciuta all'interesse morale del padrone nel giudizio instaurato a seguito dell'*actio mandati* che è un'azione di buona fede.

Ricordando che in D 17.1.54 pr troviamo l'enunciazione del principio secondo il quale '*placuit enim prudentioribus affectus rationem in bonae fidei iudiciis habendam*', non è chiaro se tale

affermazione sia stata espressa da Papiniano o se molto probabilmente aggiunta in un momento successivo dai compilatori.

A questo proposito si può ipotizzare che i commissari abbiano preso le mosse dal singolo caso esaminato da Papiniano al fine di porre maggiormente in evidenza il principio generale che tendeva ad affermarsi al tempo di Giustiniano. Va ricordato che tale principio trovava una giustificazione di carattere processuale dal momento che nei giudizi di buona fede era attribuito al giudice un ampio potere di valutazione discrezionale cioè di stabilire tutto quanto il convenuto fosse tenuto a dare o a fare in base al criterio della buona fede¹³⁷. Sul versante opposto cioè quello dei *iudicia stricta* invece sempre ragioni di tecnica processuale escludevano la risarcibilità dei danni morali poiché tali *iudicia* enunciavano un obbligo del convenuto certo e determinato senza riconoscere al giudice alcuna possibilità di valutazione¹³⁸.

Nel presente lavoro ho cercato di capire se la nuova interpretazione nel diritto vivente afferente al danno non patrimoniale in materia di inadempimento di obbligazioni ha radici

¹³⁷ Per un primo riferimento sulle *actiones bonae fidei* si veda: M. TALAMANCA, s.v. *Processo civile (diritto romano)*, in *Enciclopedia del diritto*, 1987, 64 ss; A. CARCATERRA, *Intorno ai bonae fidei iudicia*, Napoli 1964, 1 ss; H. HONSEN, *Quod interest im bonae-fidei-iudicium. Studien zum römischen Schadensersatzrecht*, cit 1 ss; P. GARBARINO, *Brevi osservazioni in tema di azioni di buona fede in diritto giustiniano*, in *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti del Convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burduse (Padova-Venezia-Treviso 14-15-16 giugno 2001)*, a cura di Luigi Garofalo, 2, Padova 2003, 191 ss; E. STOLFI, *'Bonae fidei interpretatio'*. *Ricerche sull'interpretazione di buona fede tra esperienza romana e tradizione romanistica*, Napoli 2004, 1 ss.

nel pensiero dei giuristi romani: possiamo affermare che indubbiamente un punto di contatto tra i due sistemi può essere individuato nella centralità della valutazione dell'interesse non patrimoniale.

Al termine della mia indagine e a fronte delle riflessioni svolte ritengo, tuttavia, di dover concludere concordando con coloro che ritengono che per una disciplina dei danni non patrimoniali secondo uno schema che più si avvicina a quello moderno, bisogna attendere ancora lunghi secoli poiché, solo nell'ambito del giusnaturalismo, arriveranno importanti contributi che ne costituiranno le basi.

¹³⁸ Sulle *actiones stricti iuris* si rinvia ancora a M. TALAMANCA, s.v. *Processo civile (diritto romano)*, cit. 64 ss.

INDICE BIBLIOGRAFICO

ALBERTARIO E., *Ancora sulla pecuniarietà dell'interesse nelle obbligazioni*, in *Foro it.* 1936, IV, c. 209 ss ora in *Studi di diritto romano*, VI, Milano 1953, 241 ss.

ALBERTARIO E., *Sul diritto agli alimenti*, in *Studi di diritto romano*, 1, *Persone e famiglia*, Milano 1933, 249 ss.

ALBURQUERQUE J. M., *La prestación de alimentos en derecho romano y su proyección en el derecho actual*, Madrid 2010, 29.

BESELER G., *Romanistische Studien*, in *Studi in onore di Salvatore Riccobono*, I, Palermo, 1936, 285 ss.

BESELER G., *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, II, Tübingen, 1911.

BESELER G., *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, III, Tübingen, 1911.

BESELER G., *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, IV, Tübingen, 1911.

BESELER G., *Romanistische Studien*, in *ZSS*, L, 1930, 18 ss.

BETTI E., *L'antitesi storica tra iudicare (pronuntiatio) e damnare (condemnatio) nello svolgimento del processo romano*

(con un tentativo di ricostruzione delle formulae delle actiones ex delicto), in *Rivista italiana per le scienze giuridiche* 56, 1915, 3 ss.

BETTI E., *Istituzioni di diritto romano*, 2.1, Padova 1960.

BIONDI B., 'Iudicia bonae fidei', in *AUPA*, VII, 1918, 57.

BONA M. – MONATERI G., *Il nuovo danno non patrimoniale*, Milano, 2004.

BONACCORSI F., *I percorsi del danno non patrimoniale da demansionamento tra dottrina e giurisprudenza*, in *Resp. civ. prev.* 2007, 4, 839.

BONFANTE P., *Corso di diritto Romano. II. La proprietà*, rist. Milano 1966.

BONFANTE P., *Corso di diritto Romano. IV. Le obbligazioni*, rist. Milano 1979.

BÖRNER B., *Zur Auslegung von Dig. 18.7.7. Ein Beitrag zu den Nebenabmachungen bei Sklavenverkäufen*, in *ZSS*, LXXI, 1954, 359 ss.

BONILINI G., *Il danno non patrimoniale*, Milano, 1983.

BONILINI G., s.v. *Danno morale*, in *Digesto delle discipline privatistiche. Sez. Civ.* 5 (1989⁴) 85.

BOVE L., s.v. *Danno (diritto romano)*, in *Novissimo digesto italiano* 5 (1960) 143ss.

BRETONE M., *I fondamenti del diritto romano. Le cose e la natura*, Bari 1999, 243.

BURDESE A., *Sul riconoscimento civile dei c.d. contratti innominati*, in *Iura*, XXXVI, 1985, 14 ss.

BURDESE A., *In margine ai contratti innominati*, in *BIDR*, LXXXVIII, 1985, 397 ss.

BURDESE A., <<Dos patri set filiae communis>> in *Labeo* 5 (1959) 288 ss.

BURDESE A., *Ancora sul contratto nel pensiero di Labeone [a proposito del volume di Raimondo Santoro]*, in *SDHI*, LI, 1985, 458 ss.

BURDESE A., *Manuale di diritto romano*, IV, Torino, 1993.

CANNATA C.A., *Sul testo della lex Aquilia e la sua portata originaria*, in *La responsabilità civile da atto illecito nella prospettiva storico-comparatistica*, a cura di L. Vacca, Atti Aristec 1993, Torino 1995, 25 ss.

CANNATA C.A., *L'inadempimento delle obbligazioni*, in *Il Giurista Europeo*, collana diretta da L. Garofalo e M. Talamanca, Cedam, 2008, 14 ss.

CANNATA C.A., *Il danno risarcibile nel diritto romano*, in *Il danno risarcibile. Congresso internazionale ARISTEC* a cura di L. Vacca, Baia delle Zagare 14-16 giugno 2007, Napoli 2011, 9 ss.

CANNATA C.A., *Contratto e causa nel diritto romano, Causa e contratto nella prospettiva storico-comparatistica*, II Congresso internazionale ARISTEC (Palermo-Trapani, 7-10 giugno 1995) a cura di L. Vacca, Torino, 19997, 35 ss., ora in *Le dottrine del contratto nella giurisprudenza romana classica*, a cura di A. Burdese, Padova, 2006, 187 ss.

CANTARELLA E., *Diritto romano. Istituzioni e storia*, Milano 2010, XV.

CENTOLA D.A., *Le sofferenze morali nella visione giuridica romana*, Napoli 2011.

CENTOLA D.A., *A proposito del contenuto dell'obbligazione alimentare. Riflessioni storiche*, in *Studia et documenta historiae et iuris* 72, 2006, 169 ss.

CERAMI P., *La responsabilità extracontrattuale dalla compilazione di Giustiniano ad Ugo Grozio*, in L. Vacca (a cura di), *La responsabilità civile da atto illecito nella prospettiva storico-comparatistica* (Atti Aristec 1993), Torino, 1995, 116.

CIAN G., *Interesse del creditore e patrimonialità della prestazione*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1968, 201 ss.

CITARELLA G., *Danno non patrimoniale e contratto*, in *Resp. civ. prev.* 2009, 434.

CORBINO A., *Danno, lesioni patrimoniali e lex Aquilia nell'esperienza romana*, in *Philia*, Scritti per G. Franciosi, a cura di F. M. D'IPPOLITO, Napoli 2007, 609 ss.

CORBINO A., *Il dettato aquiliano. Tecniche legislative e pensiero giuridico nella media repubblica*, in *Fides Humanitas*

Ius. Studi in onore di Luigi Labruna, a cura di Cosimo Cascione e Carla Masi Doria, 2, Napoli 2007, 1127 ss).

COSTA E., *Papianino, Studio di storia interna del diritto romano*, II., Lo 'status personae', Bologna, 1984, 81 ss.

CRIFO' G., s.v. *Danno (storia)*, in *Enciclopedia del diritto* 11 (1962), 617.

CURSI M.F., *Iniuria cum damno. Antigiuridicità e colpevolezza nella storia del danno aquiliano*, Milano 2002, 147ss.

CURSI M.F., *Il danno non patrimoniale e i limiti storico-sistematici dell'art. 2059 c.c.*, in *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato. Obbligazioni e diritti reali*, Napoli 2003, 103 ss (anche in *Riv. dir. Civ.* 2004, I, 865 ss).

D'ANCONA R., *Il concetto di dote nel diritto romano. Studio storico-giuridico*, Firenze, 1889.

DALLA MASSARA T., *ALLE ORIGINI DELLA CAUSA DEL CONTRATTO. ELABORAZIONE DI UN CONCETTO NELLA GIURISPRUDENZA CLASSICA*, PADOVA, 2004.

DE CUPIS A., *Il danno*, Vol. I, Milano 1979, 132.

DE FRANCESCO A., *Il diritto agli alimenti tra genitori e figli. Un'ipotesi ricostruttiva*, in *Labeo*, XLVII, 2001, 47 ss.

DE ROBERTIS F.M., *Damnum iniuria datum. Trattazione sulla responsabilità extracontrattuale nel diritto romano con particolare riguardo alla lex Aquilia de damno*, Bari 2000, 15 ss.

DE ROBERTIS F.M., *Sulla risarcibilità del danno morale nel diritto giustiniano*, in *Annali della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Bari* 3.1 (1965-1966), 223 ss.

DE ROBERTIS F.M., *Recensione a D. MEDICUS, 'Id quod interest'. Studien zum römischen Recht des Schadensersatzes*, Köln- Graz, 1962; in *SDHI*, XXIX, 1963, 409 ss.

DI CIOMMO F., *La responsabilità contrattuale della scuola (pubblica) per il danno che il minore si procura da sé: verso il ridimensionamento dell'art. 2048 c.c.*, in *Foro It.* 2002, I, 2635.

DI MAJO A., *Le tutele contrattuali*, Torino, 2012, 132 ss.

DIRKSEN H.E., s.v. *Damnum*, in *Manuale latinitatis fontium iuris Romanorum* 1837, 241 ss.

DIRKSEN H.E., s.v. *Indemnitas*, in *Manuale latinitatis fontium iuris civilis Romanorum*, 1837, 456 ss.

DONELLO U., *Opera omnia*, IX, *Lucae* cap.3, 1766, 815 ss.

FERRINI C., *Manuale di Pandette*, Milano 1953,, 411, nt.3.

FRANZONI M., *Il danno risarcibile*, Milano, 2004.

FRANZONI M., *Il danno non patrimoniale nel diritto vivente*, in *Il danno non patrimoniale. Guida commentata alle decisioni delle Sezioni Unite 11 novembre 2008 nn. 26972/3/4/5*, Giuffrè Milano 2009, 219ss.

FREZZA P.; *Responsa e quaestiones. Studio e politica del diritto dagli Antonini ai Severi*, 1977 poi in F. Amarelli, E. Germino (a cura di), *Scritti 3*, Roma, 2000, 371 ss.

GAROFALO L., *L' Humanitas nel pensiero della giurisprudenza classica*, in *Fondamenti e svolgimenti della scienza giuridica*, Padova 2005, 1 ss.

GAROFALO L., *Contratto, obbligazione e convenzione in Sesto Pedio*, in *Le dottrine del contratto nella giurisprudenza romana classica*, a cura di A. Burdese, Padova, 2006, 337 ss.

GAROFALO L., *Gratuità e responsabilità contrattuale*, in *Scambio e gratuità. Confini e contenuti dell'area contrattuale* a cura di L. Garofalo, Padova, 2011. 1 ss.

GAZZARRA M., *Danno non patrimoniale da inadempimento: le SS.UU. e le prime applicazioni nella giurisprudenza di merito*, in *Danno e resp.* 2009, 279.

GROSSO G., *Corso di diritto romano. Oggetto dell'obbligazione. Obbligazioni alternative e generiche*, Torino 1940, 241, 153 ss.

GUARINO A., *Diritto privato romano*, Napoli 2001, 999 ss.

HAYMANN F., *Freilassungspflicht und Reurecht. Ein quellenkritischer Beitrag zur Kondiktionenlehre*, Berlin, 1905.

HONSELL H., *'Quod interest' im 'bonae-fidei-iudicium'*. *Studien zum römischen Schadensersatzrecht*, München 1969, 153 ss.

KASER M., *Das Römische Privatrecht*, I, München, 1955.

KASER M., *Das Römische Privatrecht*, II, München, 1959.

KNÜTEL R., *Das Mandat zum Freikauf*, in D. NÖRR - S. NISHIMURA, *Mandatum und Verwandtes. Beiträge zum römischen und modern Recht*, Berlin - Heidelberg - New York - London - Paris - Tokyo - Hong Kong - Barcelona - Budapest, 1993, 353 ss.

KNÜTEL R., *'Stipulatio poenae'*. *Studien zur römischen Vertragsstrafe*, Köln-Wien, 1976, 358 ss.

JANSENS N., *Danno patrimoniale e non patrimoniale nella tradizione comune*, in *Il danno risarcibile. Congresso internazionale ARISTEC* a cura di L. Vacca, Baia delle Zagare 14-16 giugno 2007, Napoli 2011, 50 ss.

LANGE H., *Die Verarbeitung klassischer und nachklassischer Lehren in der mittelalterlichen Rechtswissenschaft*, in ZSS, LXXII, 1955, 211 ss.

LAURIA M., *Matrimonio - dote in diritto romano*, Napoli 1952, 149 ss.

LAURIA M., *'Periculum tutoris'*, in *Studi in onore di S. Riccobono*, III, Palermo, 1936, 283 ss.

LITEWSKI W., *Depositary's Liability In Roman Law*, in AG, CXC.2, 1976, 3 ss.

MACQUERON J., *L'intérêt moral ou d'affection dans les obligations délictuelles en droit romain*, in *Études offertes a André Audinet*, Paris, 1968, 173 ss.

MARCHI A., *Il risarcimento del danno morale secondo il diritto romano*, in *Bullettino dell'Istituto di diritto romano XVI* (1904) 206 ss.

MARTINI R., *Sul risarcimento del <<danno morale>> in diritto romano*, in *Studi in onore di Sergio Antonelli*, Napoli, 2002, ora in *Rivista di Diritto Romano*, VI, 2006, consultabile sul sito www.ledonline.it/rivistadidirittoromano/.

MARTINI R., *Sul risarcimento del <<danno morale>> in diritto romano II (Ripensamenti)*, in *Rivista di Diritto Romano VIII*, 2008, consultabile sul sito www.ledonline.it/rivistadidirittoromano/.

MASI DORIA C., *Bona libertorum. Regimi giuridici e realtà sociali*, Napoli 1996, 291 ss.

MCGINN T.A.J., *Ne serva prostituatur. Restrictive Covenants in the Sale of Slaves*, in ZSS, CVII, 1990, 315 ss.

MEDICUS D., *Id quod interest. Studien zum römischen Recht des Schadenersatzes*, Köln- Graz, 1962.

MEDICUS D., *Recensione a H. Honsell, Quod interest' im 'bonae-fidei-iudicium'.* Studien zum römischen Schadenersatzrecht, München 1969, in ZSS, LXXXVIII, 1971, 446 ss.

METRO A., *L'obbligazione di custodire nel diritto romano*, Milano 1966.

MINOZZI A., *Studio sul danno non patrimoniale (danno morale)*, Milano 1917, 103ss.

MITTEIS L., *Zur Interpolationenforschung*, IN ZSS, XXXIII, 1912, 188 ss.;

MOMMSEN F., *Beiträge zum Obligationenrecht. II. Zur Lehre von dem Interesse*, Braunschweig, 1855.

MOMMSEN F., *Zur Lehre von dem Interesse (Beiträge zum Obligationenrecht II)*, Braunschweig, 1855, 3.

MOMMSEN TH., *Le droit penal romain, III*, trad. franc. J. Duquesne, in TH. MOMMSEN-J. MARQUARDT- P. KRüger, *Manuel des Antiquites Romaines, XIX*, Paris. 1907.

MONATERI M., *Il nuovo danno non patrimoniale. La nuova tassonomia del danno alla persona*, in Bessone (diretto da), *Trattato di diritto privato*, vol. X, I, Torino, 2005.

PACCHIONI G., *Appendice. I. La peculiarità dell'interesse nelle obbligazioni*, in Fr. K. Von Savigny, *Le obbligazioni*, II, Torino, 1915, 307 ss.

PACCHIONI G., *Corso di diritto civile italiano*, IV, Padova, 1940.

PARTISANI R., *Il danno non patrimoniale da inadempimento della obbligazione nella rilettura costituzionalmente orientata dell'art. 1218 c.c.*, in *Resp. civ.*, 2009, 68.

PERLINGERI P., *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli 2006, 114 ss.

PERNICE A., *Labeo, Römisches Privatrecht im ersten Jahrhundert der Kaiserzeit*, III.1, Halle, 1892., 185 ss.

PEROZZI S., *Istituzioni di diritto romano*, II, Milano, 1947.

PREZZA P., *Responsa e quaestiones. Studio e politica del diritto dagli Antonini ai Severi*, in *Studia et documenta historiae et iuris* 43 (1977) 243 ss.

PRINGSHEIM F., 'Jus aequum' und 'jus strictum', in ZSS, XLII, 1921, 643 ss.

RATTI U., *Il risarcimento del danno nel diritto giustiniano*, in *Bullettino dell'Istituto di diritto romano*, 1932, 169 ss.

RICCOBONO S., *L'influsso del cristianesimo sul diritto romano*, in *Atti del Congresso Internazionale di diritto romano (Bologna e Roma 17-27 aprile 1933)*, II., Pavia. 1935, 59 ss.

RODOTA' S., *Il problema della responsabilità civile*, Giuffrè, milano 1964.

SACHERS E., *Das Recht auf Unterhalt in der römischen Familie der klassischen Zeit*, in *Festschrift F. Schulz*, I, Weimar, 1951, 310 ss.

SALVI C., s.v. *Danno*, in *Digesto delle Discipline Privaticistiche-Sezione Civile* 5, Torino 1989, V, 63 ss.

SAVORANI G., *Il danno non patrimoniale da inadempimento*, in *Trattato della responsabilità contrattuale*, a cura di Visintini, III, Milano 2009.

SCHILLER A.A., <<Alimenta>> in the <<Sententiae Hadriani>>, in *Studi in onore di Giuseppe Grosso*, Torino 1971, 401 ss.

SCHMIDT – OTT J., 'Pauli Quaestiones'. *Eigenart und Textgeschichte einer spätklassischen Juristenschrift*, Berlin, 1993.

SCIALOJA V., *Sunti di scritti giuridici tedeschi*, in AG, XXV, 1880, 457 ss.

SCOGNAMIGLIO R., *Il danno morale (contributo alla teoria del danno extracontrattuale)*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1957, I, 315 ss.

SCOGNAMIGLIO C., *Il danno non patrimoniale contrattuale*, in *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo*, a cura di Mazzamuto, Torino, 2002, 470 ss.

SICARI A., *Danno non patrimoniale e legittimazione ad agire*, in *Parti e giudici nel processo. Dai diritti antichi all'attualità*, a cura di C. Cascione, E. Germino, C. Masi Doria, Napoli 2006, 251 ss.

SICARI A., *Leges venditionis. Uno studio nel pensiero giuridico di Papiniano*, Bari, 1996, 348 ss.

SICARI A., *Gli interessi non patrimoniali in Giavoleno. Studio su D. 38.2.36*, Bari 2007.

TAFARO S., *Recensione a H. HONSELL, 'Quod interest' im 'bonae-fidei-iudicium'*. Studien zum römischen Schadenersatzrecht, München 1969, in *Index*, II, 1971, 359 ss.

TALAMANCA M., *Diatribes e paralipomeni*, in BIDR, XCVI-XCVII, 1993-1994, 652 ss.

TOMARCHIO V., *Il danno non patrimoniale da contratto*, Napoli, 2009, 53 ss.

VALDITARA G., *Dall'aestimatio rei all'id quod interest nell'applicazione della condemnatio aquiliana*, in *La responsabilità civile da atto illecito nella prospettiva storico-comparatistica*, Torino, 1995, 76 ss.

VALDITARA G., *Sulle origini del concetto di damnum*, Torino. 1998, 22 ss.

VALDITARA G., *A proposito di D. 9.2.41 pr. e dell'actio in factum concessa per il danneggiamento delle tavole testamentarie*, in SDHI, LX, 1994, 649 ss.

VOCI P., *Le obbligazioni romane (Corso di pandette). Il contenuto dell'obligatio*, Milano 1969, 262 ss.

VOCI P., *Diritto ereditario romano*, II, Milano, 1963.

VON SAVIGNY F.K., *System des heutigen römischen Rechts*, 5, Berlin 1841, 466 = *Sistema del diritto romano attuale*, 5, Torino 1893, 523 ss.

VON JHERING R., *Ein Rechtsgutachten, betreffend die Gäubahn*, in *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, XVIII, 1880, 1 ss.

WILINSKI A., *Ricerche sull'alienazione degli schiavi nel diritto romano. Vendita dello schiavo con la clausola 'ne manumittatur'*, in *Index*, V, 1974-1975, 321 ss.

WINDSCHEID B., *Diritto delle pandette* (traduzione italiana C. Fadda e P.E. Bensa, II, Torino, 1925.

WOLFF H. J., *Zur Stellung der Frau im klassischen römischen Dotalrecht*; in ZSS, LIII, 1933, 297 ss.

ZACCARIA A., *Il risarcimento del danno non patrimoniale in sede contrattuale*, in Resp. civ., 2009, 28.

ZILIOOTTO P., *L'imputazione del danno aquiliano. Tra iniuria e damnum corpore datum*, Padova 2000, 1 ss.

ZILIOOTTO P., *Sulla non patrimonialità del danno e dell'interesse nel diritto romano*, Classica Philosophica et Iuridica, 2012.

ZOZ M.G., *In tema di obbligazioni alimentari*, in *Bullettino dell'Istituto di diritto romano LXXIII*, 1970, 323 ss.

INDICE DELLE FONTI

XII TAV.

8.16

12.3.

DIGESTA

9.1.3.

9.2.33 pr.

9.3.1.

9.3.7.

11.3.9.3.

11.7.9.

16.3.1.38

17.1.54

17.1.54. pr.

18.7.1

18.7.6.

18.7.6. pr.

18.7.6.1.

18.7.7.

21.2.71.

27.3.1. pr.

27.3.1.1.

27.3.1.2.

35.2.63. pr.

38.2.36.

39.2.3.

CODEx

4.36.1

4.36.1. pr.

4.36.1.1.

4.36.1.1-2.